Denegationsrecht und prätorische Jurisdiktion.

Inaugural-Dissertation,

der hohen juristischen Fakultät der Königlich Bayerischen Ludwig-Maximilians-Universität zu München zur Erlangung der juristischen Doktorwürde vorgelegt

von

Rudolf Düll.

Eichstätt 1915.
Ph. Brönnersche Buchhandlung und Buchdruckerei (P. Seitz).

Denegationsrecht und prätorische Jurisdiktion.

Inaugural-Dissertation,

der hohen juristischen Fakultät der Königlich Bayerischen Ludwig-Maximilians-Universität zu München zur Erlangung der juristischen Doktorwürde vorgelegt

von

Rudolf Düll.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Eichstätt 1915.
Ph. Brönnersche Buchhandlung und Buchdruckerei (P. Seitz).

Referent:

Professor Dr. L. Wenger.

Inhalt.

		Seite
§ 1.	Einleitung	1
§ 2.	Begriff des denegare actionem	2
§ 3.	Allgemeine Voraussetzungen und Umfang des Denegationsrechtes	6
§ 4.	Das Verfahren in iure im Falle des Denegationsbescheides im allgemeinen	10
§ 5.	Übersicht über die Denegationsfälle im Verfahren per formulam	12
§ 6.	Die Denegation der Judikatsklage insbesondere	32
§ 7.	Das Denegationsrecht außerhalb des Formularverfahrens	34
§ 8.	Die Bedeutung der ediktalen Ankündigung der Klagendenegation und des Gewährens der actio unter Vorbehalt der causae cognitio	36
§ 9.	Das Prinzip der denegatio actionis	36
§ 10.	Das Verhältnis der denegatio actionis zur exceptio	46
§ 11.	Die Form des Denegationsbescheides	54
§ 12.	Die juristische Natur des Denegationsbescheides	56
§ 13.	Die Abänderungsfähigkeit des Denegationsbescheides und das „denegare iurisdictionem“	58
§ 14.	Die Stellung der Prozeßsubjekte zur denegatio actionis	62
§ 15.	Das Verhältnis der denegatio actionis zur restitutio in integrum	67
§ 16.	Arten des Denegationsbescheides	68
§ 17.	Über das „officium lites deminuendi“ der l. 21 D. 12, 1	70
§ 18.	Prätorische Hilfsbeamte und mandierte Jurisdiktion	72
§ 19.	Ergebnisse	83
Quellenverzeichnis		86

Literatur.

Bekker, Die Aktionen des römischen Privatrechtes, 2 Bde. 1871 ff.

Bekker, „Streitfragen aus dem Aktionenprozeß“ aus Z. Sav. St. Bd. 24 S. 344 ff.

Bekker, „Über Anfang und Ende des in iure-Verfahrens im römischen Formularprozeß etc.“ aus Z. Sav. St. Bd. 27 S. 1 ff.

Bekker, „Das römische Recht und die Rechtsformen der Gegenwart“ aus Z. Sav. St. Bd. 33 S. 1 ff.

v. Bethmann-Hollweg, Der Zivilprozeß des gemeinen Rechtes in geschichtlicher Entwicklung 1864 ff.

Bülow, Prozeßeinreden und Prozeßvoraussetzungen, 1868.

Demelius, Kritik zu Schultzes „Privatrecht und Prozeß in ihren Wechselbeziehungen“ in Grünhuts Zeitschrift 1884 S. 740 ff.

Demelius, Schiedseid, 1887.

Helmolt, Verhältnis der Exzeptionen zur Beweislast, 1852.

Heumann-Seckel, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechtes, 1907.

Hölder, „Die Litiskontestation des Formularprozesses“ in Z. Sav. St. Bd. 24 S. 197 ff.

Karlowa, Römische Rechtsgeschichte Bd. 2, 1901.

Keller, Römischer Zivilprozeß und die Aktionen, 1852.

Kipp, Kritik zu Schotts beiden Schriften (s. u.) in der Deutschen Literaturzeitung 1904 S. 2623 ff.
Kleinschrod, Prozessuale Konsumption, 1875.
v. Koschembahr-Lyskowski, Die Condictio als Bereicherungsklage im klassischen römischen Rechte, Bd. 1, 1903.
Krüger, Kritik zu Schotts beiden Schriften (s. u.) im Literarischen Zentralblatt für das Deutsche Reich, 1903 S. 1435; 1905 S. 1289 ff.
Lenel, „Die Form der Litiskontestation im Formularprozeß" aus Z. Sav. St. Bd. 15 S. 374 ff.
Mitteis, Römisches Privatrecht, Bd. 1, 1908.
Mittermaier, „Über Recht und Pflicht des Richters, angestellte Klagen ohne Vernehmung des Beklagten bedingt oder unbedingt abzuweisen" aus Archiv für zivil. Praxis Bd. 5 S. 355 ff.
Mommsen, Römisches Staatsrecht, 2. Aufl. 1876 ff.
Partsch, Schriftformel im römischen Provinzialprozeß, 1905.
Pauly, Realenzyklopädie der klassischen Altertumswissenschaft (alte Sammlung), Artikel: iudicia, tribunal; und Pauly-Wissowa (neue Sammlung), Artikel: actio, exceptio, denegare.
Pernice, Kritik zu Bülows „de praejudicialibus exceptionibus" aus Münchener Krit. Vierteljahrs-Schrift 1863 S. 413 ff.
Pernice, „Volksrechtliches und amtsrechtliches Verfahren in der römischen Kaiserzeit" aus Festgabe für Beseler 1885 S. 51 ff.
Rabel, Kritik zu Wlassaks „Ursprung der römischen Einrede" aus Z. Sav. St. Bd. 32 S. 414 ff.
Roby, Roman private law, Cambridge 1902, 2 Bde.
Rudorff, Römische Rechtsgeschichte, 1857—59.
Salkowski, Institutionen, 1907.
Savigny, System des heutigen römischen Rechtes, 1840 ff.
Schirrmeister, Das bürgerliche Recht Englands, Berlin 1905.
Schott, Das Gewähren des Rechtsschutzes im römischen Zivilprozeß, 1903 (cit. Schott I).
Schott, Römischer Zivilprozeß und moderne Prozeßwissenschaft, 1904 (cit. Schott II).
Sohm, Institutionen, 1911.
Schultze, Privatrecht und Prozeß in ihrer Wechselbeziehung, 1883.
Walter, Geschichte des römischen Rechtes, 1860.
Wenger, actio iudicati, 1901.
Wenger, Papyrusforschung und Rechtswissenschaft, 1903.
Wilcken, Archiv für Papyrusforschung und verwandte Gebiete Bd. 3, 1906.
Wlassak, Römische Prozeßgesetze, 1888—91, 2 Bde.
Wlassak, Die Litiskontestation im Formularprozeß, 1888.
Wlassak, „Ursprung der römischen Einrede" aus Z. für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit in Österreich, 1910 S. 120 ff.
Wlassak, „Praescriptio und bedingter Prozeß" aus Z. Sav. St. Bd. 33 S. 81 ff.
Zimmern, Geschichte des römischen Rechtes, 1829.

§ 1.
Einleitung.

Es gibt kaum ein Gebiet im römischen Recht, das mehr bestrittene und zum Teil noch ungelöste Probleme enthält, als das des Zivilprozeßrechts. Hier sind, seitdem man die Gaius-Quellen gründlicher durchforschte, viele Materien zur Befriedigung gelöst worden; über andere mangeln aber deutliche Quellenaussprüche; die wenigen Andeutungen der vom Zusammenhang losgerissenen Fragmente, oft noch interpoliert und im Geiste der Juristen einer späteren Periode geändert, genügen bei weitem nicht, uns auch nur einigermaßen sicher über vereinzelte Probleme des klassischen Formularprozesses zu orientieren. Nur wenige Gesetze und Senatuskonsulte aus dieser Zeit sind uns erhalten. Die durch die Papyrusforschung in neuester Zeit gewonnenen Ergebnisse gewähren uns zwar oft ein sehr anschauliches Bild der Verhandlungen, aber jener eines provinzialen Kognitionsprozesses, das uns zunächst höchstens Schlüsse ziehen läßt auf das außerägyptische Kognitionsverfahren und nur mittelbar auf den klassischen römischen Formularprozeß selbst. Über den Gang dieses Prozesses, besonders über manche Einzelheiten in iure herrscht Streit, ja über Begriffe wie actio, exceptio, iudicium ist man keineswegs überall der gleichen Ansicht. Eines dieser stark bestrittenen Probleme ist auch das Institut des denegatio actionis. Bis in die neueste Zeit hat man dieser nur gelegentlich gedacht, bis Richard Schott[1] dieselbe zum Gegenstand einer speziellen Untersuchung machte, welche bald heftige Kritik hervorrief[2]. Seitdem hat man auch manche gelegentliche Untersuchung über dieses Institut angestellt[3].

[1] Schott, Das Gewähren des Rechtsschutzes im römischen Zivilprozeß 1903 (cit. Schott I); Römischer Zivilprozeß und moderne Prozeßwissenschaft 1904 (cit. Schott II).

[2] Siehe besonders Bekker in Z. Sav. St. 24, 344 ff.; Krüger, Liter. Zentr.-Bl. 1903 S. 1435; 1905 S. 1289; Kipp, D. Lit.-Z. 1904 S. 2623 ff.

[3] Bekker, Z. Sav. St. 27 S. 1 ff.; Wlassak in Z. f. Notar. und freiw. Ger. in Österreich 1910 S. 120 ff.; Wlassak in Z. Sav. St. 33 S. 81 ff.

Zweck vorstehender Abhandlung soll es nun sein, die denegatio actionis nach Bedeutung, Zweck und Werdegang zu untersuchen. Es soll namentlich der Zusammenhang zwischen dare und denegare actionem und eine Reihe damit zusammenhängender Fragen näher geprüft werden. Es wird sich dann von selbst ergeben, was von der von Schott angeschnittenen Frage einer rein prozessualen Bedeutung des Denegationsrechts und seines Prinzips zu halten ist.

§ 2.
Begriff des „denegare actionem“.

Um uns über den Begriff des denegare actionem klar zu werden, wollen wir uns das Verfahren in iure kurz vergegenwärtigen. Der „Kläger“ (eigentlich ungenau: „acturus“[4]), der gegen den „Beklagten“ einen Anspruch geltend machen will, zeigt dies seinem Gegner außergerichtlich an (actionem edit[5]). Dies ist mit Rücksicht auf die viel bestrittene l. 1 D. 2, 13 das Wahrscheinlichste. Darauf wird der Kläger, falls sich die Streitsteile vorher nicht einigten, den Beklagten in ius voziert haben. Vor dem Jurisdiktionsmagistrat wiederholt Kläger das „edere actionem“. Man kann nun annehmen, daß der Prätor — der Einfachheit halber sei dieser auch im folgenden als Hauptjurisdiktionsmagistrat genannt — den vor ihm erscheinenden Parteien in formaler Weise, wie Bekker[6] vermutet, erklärte „ius se dicturum“, etwa, er sei bereit, er stehe den Parteien zur Verfügung. Damit ist dann das Verfahren in iure formell eröffnet. Jetzt wird der Kläger dem Prätor genau dargelegt haben, wie er dazu komme, gerade diesen Beklagten in ius zu vozieren und was er von ihm begehre. Ob er da den betreffenden Formelentwurf überreichte[7], auf Grund dessen er zu agieren wünschte oder lediglich unter möglichster Anlehnung an das Edikt seinen Wunsch vortrug, mag dahingestellt bleiben; wegen des Vorkommens der actiones in factum spricht viel für das letztere. Jedenfalls mußte sich aber der Prätor während dieser Verhandlung in iure klar werden, ob er dem Kläger gegen den Beklagten eine actio und welche, ob die begehrte oder eine andere gewähren wolle. Er erklärte sodann

[4] Wlassak, Röm. Proz.-Ges. Bd. 2 S. 335.
[5] Lenel in Z. Sav. St. 15 S. 374 ff.; Wenger, actio iudicati S. 122.
[6] Z. Sav. St. 27 S. 1 ff.
[7] Lenel, a. a. O.

gegenüber den Parteien, daß er den vom Kläger vorgebrachten Wunsch berücksichtigen werde oder nicht (actionem dabo — non dabo). Diese Erklärung war selbst dann notwendig, wenn die Klage eine zivile und nicht eine honorarische war[8]. Dabei ist es wieder denkbar, daß der Prätor dies tut, ohne vorerst den Beklagten zu hören oder nachdem er auch ihn vernommen hat. Er kann diesem seine vorgebrachte exceptio gewähren oder versagen und nach genauer Kenntnis des gesamten Streitverhältnisses erklären, er werde die vom Kläger postulierte actio pure oder cum exceptione gewähren oder rundweg versagen[9]. Das „dare formulam“ dagegen erfolgt erst dann, wenn Kläger und Beklagter sich über die vom Prätor gebilligte actio geeinigt haben und die Gewährung der Schriftformel mit der datio iudicis beantragen. Ist diese gegeben oder für die meisten Fälle richtiger — von den actiones in factum und selteneren Formeln abgesehen — „ausgefüllt“[10], dann folgt die Litiscontestatio, ob vor dem Prätor oder nicht[11], ob unmittelbar darauf oder in längerem Zwischenraum, mag unerörtert bleiben. Durch die Litiskontestation, einen Formalvertrag eigener Art, wie man sie mit Wlassak nennen mag, wird die formula in ihrer ganzen Gestaltung einschließlich der exceptio angenommen (iudicium acceptum) und das Verfahren in iure wird damit jedenfalls beendet. Hier ist zu bemerken, daß das prozeßtechnische agere erst mit der Litiskontestation beginnt[12], daß es aber für den Begriff des agere vollkommen gleich ist, ob der Agirende wirklich eine „actio“ hat oder nicht[13]. Wird in iure dem Verlangen des Klägers nach einem iudicium gegen den Beklagten nicht stattgegeben, so sprechen die Quellen von einem „denegare actionem“. Die denegatio actionis ist also die auf Grund des Imperiums[14] des Jurisdiktionsmagistrats in iure erfließende Erklärung, sei es bloß nach Anhörung des Klägers

[8] Wenger, actio iudicati S. 141[14].

[9] Wenger, a. a. O. S. 138 ff.

[10] Wenger, a. a. O. S. 129.

[11] Schott II S. 43 ff.; Wenger, a. a. O. S. 124.

[12] Wenger, a. a. O. S. 169[13].

[13] Bekker, Aktionen II S. 5, Z. Sav. St. 24, 345.

[14] Daß das Denegationsrecht nicht auf das Recht des Prätors, die Formel abzufassen, gegründet werden kann, siehe bei Mitteis, Röm. Priv.-R. I, 40. Über die Formel konnten sich die Parteien ohne Zutun des Prätors einig werden und dieselbe vorbereiten.

oder auch noch der des Beklagten, daß eine actio, die Kläger impetriert hat oder erst impetrieren will, nicht zum Judizium zugelassen werde.

Die Wendung „denegatio actionis" kennen die Quellen nicht; ein Substantivum, wie sie es für andere Prozeßinstitute hatten, z. B. exceptio, restitutio, hatten die Römer für das Nichtzulassen einer Aktion zur Streitbefestigung nicht, oder richtiger — wie wir später sehen werden — jenes Wort, welches dies ehemals bedeutete, hat später seinen ursprünglichen Sinn geändert. Dagegen sind die Ausdrücke „denegare, negare actionem" gebräuchlich. Denegare kommt auch in anderen Verbindungen, z. B. mit iurisdictionem, exceptionem, petitionem, persecutionem, interdictum, iudicium vor. Sehr oft ist denegare, statt mit der betreffenden Aktion, mit dem damit geforderten Gegenstand verbunden, z. B. legatum, hereditatem denegare. Daneben hatten die Römer natürlich noch andere Ausdrücke für die Prozeßverweigerung. Den bei Schott[15] aufgeführten, von welchen die Wendungen „repelli ab actione, actionem inhibere, non decernere, concedere actionem, non admittere actionem" die wichtigeren sind, sind noch anzufügen: non consequi actionem (D. 47, 2, 12, 1), nulli permittitur experiri (D. 3, 4, 3), removeri (D. 3, 1, 1, 6), non ferri (D. 27, 3, 1, 2; D. 47, 10, 7, 2), actio impeditur (D. 47, 10, 17, 19) und non audire. Dieser letztere Begriff soll nach Schott[16] identisch sein mit denegare iurisdictionem. Schott beruft sich dabei auf D. 4, 6, 26, 6. Aus anderen Stellen ergibt sich aber deutlich, daß „non audire" auch das Nichtzulassen eines einzelnen Angriffs- oder Verteidigungsmittels in iure (D. 12, 2, 35, 1) bedeuten kann und auch im gleichen Sinne verwendet wird wie das „denegare actionem" (D. 38, 1, 17, 20; D. 47, 10, 15, 28). Keineswegs bedeutet es aber, wie diese Stellen deutlich bezeugen, „nicht anhören", sondern „nicht erhören", wie Kipp[17] mit Recht bemerkt. Dies zeigen auch deutlich D. 4, 4, 25, 1; 35; D. 47, 10, 15, 28.

Wir wollen nun weiter fragen, ob wir zwischen einer zivilen und einer prozessualen Bedeutung von „denegare actionem" in den Quellen unterscheiden können. Zivil bedeute es, meint Krüger[18], der Anspruch steht dem Kläger nach den Grundsätzen des zivilen

[15] I S. 14.
[16] II S. 21.
[17] a. a. O. S. 2627.
[18] Lit.-Z. Bl. 1903 S. 1435.

oder prätorischen Rechts nicht zu im Gegensatz zur prozessualen Verwendung, wo es die Nichtzulassung einer actio zum iudicium bedeute. Allein diese Unterscheidung ist, so einleuchtend sie nach unseren heutigen Begriffen ist, nach den Quellen nicht durchzuführen. Selbst Krüger meint, beide Bedeutungen ließen sich nicht immer im Einzelfall auseinanderhalten. In einer Reihe von Fällen, wo Kläger überhaupt keinen Anspruch hat, behandeln dies die Quellen prozessual und lassen in iure durch Denegation der impetrierten Aktion über Zulassung derselben zur Litiskontestation entscheiden. Diese Auffassung ist dem römischen Prozeßrecht eigentümlich. Man behandelte den Prozeß als den wichtigsten Bestandteil des Rechtssystems; die römischen Juristen fragten nicht nach dem „Anspruch", sondern nach der Klagbarkeit. Dieser Gedanke lag um so näher, als darüber, ob eine Aussicht auf Erfolg im Einzelfall für den Kläger vorhanden war, der Prätor nach der ganzen Sachlage entschied und dem einen oft eine Aktion gewährte, wo er sie dem anderen abschlug. Kein Kläger brauchte vorher untersuchen, ob sein „Anspruch" überhaupt bestehe, ja er konnte dies sehr häufig gar nicht, sondern er wendete sich in ius, wo für ihn das Richtige erkannt werden sollte. Der Prätor entschied hier, wenn der Anspruch eine actio hervorzubringen geeignet war, durch datio actionis, andernfalls denegierte er. Konnte doch der Prätor, wie es oft geschah, actiones geben, wo bisher das Recht einen „Anspruch" überhaupt nicht anerkannte. Bei der Unentgeltlichkeit der römischen Rechtspflege konnte sich jeder durch Prozessieren über seinen Anspruch Gewißheit schaffen; die gewählten Beamten des Volks hatten eben dann zu prüfen, ob der Anspruch tatsächlich verfolgbar sei (sitne actio) oder nicht und danach ihren Bescheid zu erlassen. Da sich die Juristen in den weitaus meisten Fällen an Stelle des Prätors ins Prozeßverfahren in iure dachten, ist ihnen der Begriff „Anspruch" im Sinne des heutigen Privatrechts ziemlich ferne gelegen[19]. Betrachten wir z. B. D. 17, 1, 40: Wenn sich einem Schuldner ein fideiussor wider dessen Willen aufdrängte, so habe er, wie Paulus meint, aus einem Mandat oder einer negotiorum gestio keine Aktion, was hier zivil gedacht ist; dann fährt er fort: quidam putant utilem dari oportere. Er bringt also sogleich den Gedanken herein, der fideiussor solle nur den Prozeß probieren, dann werde er schon

[19] Bekker, Aktionen II S. 13, 18.

sehen, ob er erhört werde und es wird in diesem Falle nach Ansicht einiger Juristen eine actio doch gewährt, während Paulus eine Denegation für angezeigter hält; ähnlich D. 14, 5, 4, 5 oder D. 42, 1, 44: quaeritur an ... teneantur. rescripsit ... dandam actionem. Der Fall in D. 17, 1, 40 ist auch noch in anderer Beziehung interessant: wir sind in der Kaiserzeit im späteren Formularverfahren. Hat nun der obige fideiussor einen respondierenden Juristen um Rat gefragt, der ihm ein Respons in der von Paulus nicht gebilligten Art erteilte und erschien er damit vor dem Prätor, so mußte er von ihm erhört worden sein. Gewisse Ansprüche rundweg für nichtig zu erklären, wurde selbst von Gesetzen und Senatsbeschlüssen vermieden; es hieß einfach, eine Aktion solle nicht gegeben werden. Wir können also bei den Römern einen strengen Unterschied zwischen Nichtzustehen eines Anspruchs und Nichtzulassen zur gerichtlichen Verbescheidung — einer zivilen und prozessualen Bedeutung von denegare actionem — nicht feststellen. Jedes denegare actionem ist im eigentlichen Sinne prozessual gedacht. All das hat, wie wir später noch sehen werden, seinen inneren Grund in der besonderen Art des römischen Rechtssystems, wo das, was wir heute „Anspruch“ nennen, sehr selten etwas fest Umrissenes war, sondern in steter Anpassung jedes einzelnen Falles letzten Endes an das Vernunftrecht vom Jurisdiktionsmagistrat für den jeweiligen Kläger in der konkreten Streitsache durch Zulassung seiner actio zum iudicium statuiert wurde.

§ 3.

Allgemeine Voraussetzungen und Umfang des Denegationsrechts.

Schotts Untersuchungen haben deutlich dargetan, daß der Prätor hinsichtlich der Frage, ob actio danda bezw. deneganda, vollständig unbeschränkt gewesen ist, mit dem Abmaß freilich, daß der Prätor an bestimmte Vorschriften, die für genau statuierte Fälle Dation oder Denegation anordneten, gebunden war[20]. So mußte der Prätor natürlich denegieren, wenn Volksgesetze, Senatsbeschlüsse, Constitutiones, Rescripta ein denegare actionem befahlen. Daß er trotz dieser Befehle in einigen Fällen iudicia mit einer exceptio zuließ, wird später zu erörtern sein. Hat der Prätor in seinem Edikt denegatio actionis in Aussicht gestellt, so ist er

[20] I S. 105 ff.

natürlich daran nach der lex Cornelia gebunden. Ebenso war es für den Prätor von der Prinzipatszeit an eine Pflicht, zu denegieren, wenn ein responsum dies anriet. Aber abgesehen von diesen besonderen Umständen hatte der Prätor völlig freie Hand, eine Klage in dem einen Fall zuzulassen, im anderen zu verweigern. Dabei handelte er natürlich nicht willkürlich, sondern als gehorsames Organ der allgemeinen Volksüberzeugung[21], was freilich nicht die Bedeutung hatte, daß der Prätor dieser nun machtlos gegenüberstand; er hat sie vielmehr im weitesten Umfange in fortschrittlicher Weise beeinflußt. Die vorzüglichsten Gehilfen zu diesem Zweck fand er in Juristen. So erklärt es sich leicht, wenn diese in ihren disputationes, libri ad edictum usw. das prätorische Edikt zum Gegenstand ihrer Betrachtung machen, daß sie sich in die Rolle des Prätors denken, eine Reihe praktischer Fälle konstruieren und dann fragen, ob für diesen Fall diese oder jene actio oder ob überhaupt eine solche zu gewähren sei. Es ist nun ganz selbstverständlich, daß der Prätor durch diese Juristen, selbst wenn es sich nicht um solche cum iure respondendi handelte, beeinflußt wurde. Denn, wenn auch die Prätoren für die gang und gäben Fälle wohl in der Regel ausreichend juristisch befähigt sein mochten, in schwierigen Fällen konnte es leicht sein, daß sie versagten. Schott[22] weist auch mit Recht darauf hin, daß sie, wenn sie auch infolge der gesetzlichen Regelung der Ämter durch die lex Villia als Quaestoren und Ädilen Gelegenheit hatten, sich die nötigsten juristischen Kenntnisse anzueignen, sich in schwierigen Fällen der Hilfe angesehener Juristen bedienten. Jedenfalls haben die Juristen, wie die Digesten unzählige Male zeigen, einen sehr großen Einfluß auf die Rechtsbildung in iure gehabt, und da ganz besonders auf die Frage, ob eine actio zu gewähren oder zu versagen sei. Hiefür haben sie die Bezeichnung dare und denegare actionem mit Vorliebe gebraucht; der Prätor selbst verwendet die Wendung denegare actionem überhaupt niemals in seinem Edikt, er spricht immer von non dare actionem, iudicium. Man darf daher mit Recht sagen, der Begriff „denegare actionem“ ist von den römischen Juristen geprägt worden. Beweise für die Tätigkeit der Juristen in iure liefern uns die Digesten in einer Reihe von Stellen; hier mag nur auf D. 37, 12, 5 hingewiesen werden, wo auf Anraten zweier Juristen Denegationsbescheid ergeht.

[21] Bekker, Aktionen II S. 269. [22] II S. 35 ff.

Daß die Prätoren als Hauptjurisdiktionsmagistrate am häufigsten in den Quellen mit dem Erlaß des Denegationsbescheids in Verbindung gebracht werden, ist natürlich. Wenn der praetor urbanus dieses Recht hatte, dann wird es seinem Amtsgenossen, qui inter cives et peregrinos ius dicit, nicht versagt gewesen sein. Im Gegenteil, wie wir im weiteren Verlauf der Darstellung sehen werden, hat das Institut der denegatio actionis als eine Wurzel der späteren exceptio seine historische Entwicklung durch den Peregrinenprozeß zum Amt des Stadtprätors nehmen müssen. Die Juristen erwähnen den Prätor meist nicht ausdrücklich, sondern gebrauchen Wendungen wie „actionem non dari, denegandam", aber auch aktive Wendungen finden sich, z. B. D. 29, 2, 69: „remedium praetoris ... denegandas actiones" oder D. 36, 4, 10: „per praetorem ... denegatas actiones", ebenso in anderen Stellen, z. B. D. 45, 1, 27; D. 38, 2, 16, 8; D. 37, 4, 20, 1. Daß natürlich auch die Provinzialstatthalter, besonders die Proconsules in den Senatsprovinzen — unter den praesides der kaiserlichen Provinzen bürgerte sich sehr bald der Kognitionsprozeß ein — Denegationsbescheide im Formularprozeß erließen, ist Tatsache. Gaius spricht in seinen libri ad edictum provinciale einige Male von diesem Recht des proconsul (D. 4, 4, 27, 1; D. 29, 2, 57, 1). Auch die Inhaber der niederen Gerichtsbarkeit, die aediles curules hatten Denegationsbefugnis (D. 21, 1, 47). Wir sehen also, daß eine Beschränkung dieses Rechts auf einzelne Magistrate nicht stattfand. Dafür sprechen auch ganz allgemeine Wendungen, wie „nemo daturus ... actionem" (D. 4, 3, 1, 5) oder „nemo feret" (D. 27, 3, 1, 2) und der Grundsatz in D. 50, 17, 102, 1: eius est denegare actionem qui potest et dare. Die actio konnte also im Formularverfahren überall da denegiert werden, wo dieser Prozeß in Übung stand. Nach Partsch[23] erstreckte sich dieses Verfahren in der republikanischen Epoche vornehmlich auf Sizilien, Afrika, Asien und Mazedonien und erhielt sich in den Senatsprovinzen vielleicht bis ans Ende des dritten Jahrhunderts, während es in den kaiserlichen Provinzen dem Kognitionsverfahren weichen mußte[24]. Auszuscheiden dagegen ist aus dem Gebiet des Schriftformelprozesses das ägyptische Prozeßverfahren der Papyri. Dort sind zwar der Schriftformel ähnelnde

[23] Schriftformel im Röm. Ziv.-Proz. S. 54 ff., 117.

[24] Pernice, Festg. f. Beseler 1885 S. 75.

Prozeßprogramme zu finden, allein diese sind eigene Institute eines provinzialen Kognitionsprozesses[25].

Sachlich war das Denegationsrecht nicht auf einzelne actiones beschränkt. Daß dies bei Mängeln der Prozeßvoraussetzungen nicht der Fall sein konnte, liegt auf der Hand, aber auch sonst ist von Beschränkung keine Rede. Actiones in rem (z. B. D. 27, 9, 10) werden ebenso denegiert wie persönliche Klagen (stipulatio: D. 2, 11, 15), diese — stricti iuris — nicht minder wie bonae fidei actiones (z. B. D. 24, 3, 22, 6), petitiones (D. 28, 4, 1, 3) und persecutiones (D. 2, 9, 3), actiones utiles (D. 9, 2, 30, 1) ebenso wie directae. Auch actiones in factum können denegiert werden (D. 4, 9, 6pr.) und neben der Möglichkeit, einen auf Kondenmation des Gegners Klagenden zu repellieren, hat der Prätor auch das Recht, eine actio praeiudicialis zu versagen (D. 39, 1, 1, 7; D. 1, 6, 6). Von besonderer Bedeutung ist die prätorische Befugnis, die actio iudicati zu denegieren (z. B. D. 42, 1, 4; Vat. Fr. 317). Ferner ist die denegatio actionis, wenn sie auch manchmal im Edikt angekündigt wurde, von dieser Ankündigung nicht abhängig[26]; auch ist es gar nicht notwendig, daß der Prätor, um denegieren zu können, sich dies ausdrücklich im Edikt durch den Beisatz „causa cognita" hätte vorbehalten müssen[27], ferner können zivile Aktionen nicht minder denegiert werden, wie prätorische. Die Ansicht Leist's[28], der das Denegationsrecht auf zivile Aktionen beschränken will, ist ebenso unhaltbar wie die umgekehrte Meinung, zu der Gaius IV, 112 mit der Gegenüberstellung von „actiones ... ipso iure competunt ... nec competere" und andererseits „... dari a praetore ... nec denegari" verleiten könnte[29]. Man vergleiche auch den unterschiedslosen Gebrauch solcher Ausdrücke in D. 47, 4, 1. Ebenso ist Schott[30] zuzustimmen, wenn er eine Beschränkung des Denegationsrechtes auf ein iudicium imperio continens nicht annimmt.

Nach dieser kurzen Betrachtung der Unbegrenztheit des Denegationsrechtes wollen wir die Fälle, in welchen uns die Quellen von denegatio actionis berichten und jene, welche die bisherige Literatur wegen Mangel an ganz deutlichen Quellen-

[25] Wenger, a. a. O. S. 160.
[26] Schott I S. 105 ff.
[27] Schott I S. 111.
[28] Pauly-Wissowa, Realenzykl. V. S. 219.
[29] Schott I S. 116.
[30] Schott I S. 117 ff.

angaben für wahrscheinlich hält, zusammenstellen. Dies wird uns dann unmittelbar zu dem allen diesen „Fällen“[31] zugrunde liegenden Prinzip des Denegationsrechtes hinüberführen.

§ 4.

Das Verfahren in iure im Falle des Denegationsbescheides im allgemeinen.

Eine angebrachte Klage kann der Jurisdiktionsmagistrat sowohl aus formellen Gründen, wenn gewisse Regeln, die als Bedingung für ein ordentliches Agieren bestehen, nicht eingehalten werden, als auch erst nach Prüfung des materiellen Streitverhältnisses aus materiell rechtlichen oder prozeßrechtlichen Gründen denegieren. Die denegatio actionis ist, wie wir sehen werden, zum Teil Sachentscheidung, teils hat sie nur die Bedeutung einer absolutio ab instantia. Man ist nun leicht versucht, nach dieser Unterscheidung eine gewisse zeitliche Folge des Denegationsbescheides in iure zu konstruieren, wie es schon Helmolt[32] versucht hat. Allein dies läßt sich nur ganz allgemein bestimmen. Denn nach Lage des Falles können sich da Verschiebungen ergeben. Man kann sich wohl vorstellen, daß der Prätor nach Feststellung der Personalien in iure, ohne daß der Kläger seine Klage noch hat vortragen können, ihn zurückweist, sobald er findet, daß er gar nicht postulationsfähig ist oder daß der Magistrat unzuständig ist. Man darf annehmen, daß er den Kläger, der aus einer obligatio turpis klagt, sofort zurückweist, ohne noch den Beklagten zu hören; dagegen wird er, wenn es auf eine liquide exceptio ankam, den Beklagten naturgemäß haben hören müssen, ehe er denegierte. Bei Denegation causa cognita wurde natürlich die Sachlage unter den Beteiligten eingehend erörtert. Die Reihenfolge indes, in welcher sich der Denegationsbescheid einschob, wird im Einzelfall gewechselt haben: Man stelle sich den Fall vor, der civis A klagt gegen N auf Grund eines mutuum, N ist Peregrine, A weiß nichts davon. Beide erscheinen vor dem praetor urbanus, der den N irrtümlich für einen civis hält. Der Prozeß ist soweit gediehen, daß der Prätor bereits die formula gewähren will, als er seinen Irrtum bemerkt. Da kam es natürlich erst jetzt zur Denegation

[31] Schott II S. 18.

[32] Verhältnis der Exceptionen zur Beweislast S. 69.

wegen Unzuständigkeit. Bei Mängeln in den Prozeßvoraussetzungen kann der Denegationsbescheid möglicherweise schon vor Vernehmung des Klägers zur Sache erfolgen, so, wenn der Prätor z. B. von vorneherein den Mangel der Postulationsfähigkeit desselben kannte. Dann kam es möglicherweise gar nicht zum Eröffnungsakt in iure, es wurde da schon das ius dicendum im Bekkerschen Sinne[33] verhindert. Auch zwischen denegare actionem und denegare iudicium kann nicht streng unterschieden werden. Beides wird im gleichen Sinne gebraucht. Man könnte wohl dahin trennen, daß bei Abweisung ohne Sachprüfung von einer denegatio actionis schlechthin, dagegen bei Abweisung nach einer solchen von einem Ausschluß des iudicium zu sprechen sei. Allein dieser Unterschied ist den Quellen nicht eigentümlich. Sie sprechen auch bei materieller Prüfung von denegare actionem, das „denegare iudicium" findet sich überhaupt nur ganz vereinzelt[34].

Jedenfalls ist aber der Moment der Litiscontestatio der äußerste Zeitpunkt, in dem der Prätor durch sein Denegationsrecht eingreifen kann. Einen interessanten Einblick gewährt uns hier D. 24, 3, 22, 5. Leider ist die Stelle nicht präzis genug, um jeden Zweifel auszuschließen. Es heißt hier, der de dote agierende Vater brauche, um erhört zu werden, die Zustimmung seiner Tochter. Der Tatbestand setzt offenbar voraus, daß die filia vor dem Prätor zustimmte, hinterher aber, bei der Litiskontestation, ihren Willen geändert hat. Dann wird der Vater, meint die Stelle, ohne Erfolg klagen („frustra aget"). Es ist hier kaum an die Gewährung eines iudicium und das absolutorische Erkenntnis des iudex gedacht, sondern offenbar daran, daß ein iudicium überhaupt nicht gewährt wird. Dafür spricht auch das dem gleichgestellte „vel etiam emancipata sit". Die Stelle hat also wohl ein nochmaliges Prüfungsrecht des Magistrats und Denegationsmöglichkeit noch im Moment der Litiscontestatio im Auge, obwohl sie keinen Zweifel darüber läßt, daß derselbe Magistrat ein iudicium zuvor schon zugelassen hat. Ist diese Stelle aber so aufzufassen, dann hat auch die jetzt aufgegebene Ansicht[35] viel für sich, daß die Litiscontestatio in Gegenwart eines Jurisdiktionsbeamten, wenn auch nur eines mit mandata iurisdictio ausgestatteten (s. unten § 18), stattfinden mußte. Freilich kann

[33] Z. Sav. St. 27 S. 6 ff., 34.

[34] s. Schott I S. 20.

[35] Wenger a. a. O. S. 124; Schott I S. 61.

diese Stelle auch dahin aufgefaßt werden, daß der Prätor, wenn er etwa vor der Streitbefestigung von der eingetretenen Willensänderung irgendwie Kenntnis erlangt hatte, einschreiten konnte.

§ 5.

Übersicht über die Denegationsfälle im Verfahren per formulam.

Am zweckmäßigsten dürften sich die in den Quellen findenden Denegationsfälle im folgenden Rahmen darstellen lassen: Der Prätor benützt sein Denegationsrecht einmal zu dem Zweck, das Verfahren in iure formell gerade in der Art zu regeln, wie er es für gut findet, dann dazu, um allgemein anerkanntes Recht im einzelnen Falle zur Anwendung zu bringen, endlich dazu, um sein prätorisches Recht wirksam durchzuführen und damit jeweils dasjenige Recht zu statuieren, das dem Grundgedanken seines Edikts oder dem ius naturale eben für den konkreten Fall am besten entspricht. In diesen Fällen dient die denegatio actionis in hervorragender Weise der Rechtsfortbildung und Rechtsausgestaltung. Wenn wir dieser Einteilung folgen, so geschieht das, weil sie uns ohne Übersehen von Quellenstellen am besten in das innerste Wesen des Denegationsrechtes einführt. Eine starre Subsummierung unter diesen oder jenen Gesichtspunkt ist nicht durchführbar, denn die Grenzen sind flüssig und jeder Denegationsfall ist im letzten Grunde auf die prätorische Rechtsfortbildung und Rechtsausgestaltung zurückzuführen. Weiter ist hier zu bemerken, daß auch Denegationen außerhalb des Formularverfahrens vorkommen. Von einer denegatio actionis im eigentlichen Sinn kann da natürlich keine Rede sein. Diese Fälle sollen daher nur kurz gestreift werden. Wegen der Eigenartigkeit der actio iudicati wollen wir dieselbe zunächst aus unserer Untersuchung ausnehmen und ihr einen späteren Abschnitt widmen.

I. Denegationsfälle im Interesse der ordnungsmäßigen Durchführung des Verfahrens in iure.

Diese Fälle haben alle das gemeinsam, daß ein Eingehen auf das materielle Streitverhältnis regelmäßig nicht erforderlich ist. Der Denegationsbescheid erfolgt hier lediglich aus dem Gesichtspunkt, daß ein von den Prätoren als Regelverfahren ausgebildetes System durchgeführt, ein regelwidriges Verfahren aber verhindert werden muß. Für alle diese Fälle muß eines vorausgeschickt

werden. Die Quellen sprechen hier, wo die Abweisung erfolgt, ohne daß das materielle Streitverhältnis geprüft zu werden braucht, sehr oft überhaupt nicht von „denegare actionem". Jedoch findet sich diese Ausdrucksweise wieder bei Stellen, wo es zweifellos ist, daß eine materielle Prüfung nicht vorangegangen sein muß, wenn auch nicht allzu häufig. Das darf uns jedoch nicht weiter befremden, denn die Juristen setzen in der Regel ein formell einwandfreies Verfahren voraus und legen das Hauptgewicht auf die materielle Rechtsbildung. Formelle Mängel in iure, die den Erlaß eines Denegationsbescheides bewirken können, waren folgende:

1. Unzuständigkeit: Der Prätor hatte seine Zuständigkeit zu prüfen (D. 2, 2, 1, 2 und D. 2, 5, 2; D. 5, 5, 1); bestimmte Personen sind seiner iurisdictio absolut ausgenommen (D. 2, 1, 10). Auf die Bedeutung der sich vereinzelt findenden praescriptio fori werden wir noch später zu sprechen kommen. War der Beklagte legatus und während seiner Amtszeit vorübergehend dienstlich in Rom anwesend, war der Prätor für gewisse Klagen gegen ihn unzuständig (D. 5, 1, 24, 25; D. 13, 5, 5, 1). Dieser Fall, in dem von denegare actionem ausdrücklich die Rede ist, gehört aber besser unter einen anderen Gesichtspunkt (s. unter III, 3, d).
2. Unzulässigkeit des Rechtsweges: Es muß selbstverständlich erscheinen, daß der Prätor in einer Streitsache, die gar nicht vor sein forum gehören konnte, den Kläger zurückwies. So wird er eine Klage aus einer pollicitatio, die stets in den Amtsbereich der Konsuln gehörte[36], denegiert haben. Aus D. 3, 3, 74 werden wir auch schließen dürfen, daß die Klage aus einem publicum civitatis negotium, wie den Vertretern, so auch dem dominus verweigert werden muß. Ebenso ist der Rechtsweg vor dem staatlichen Gericht ausgeschlossen, wenn die Parteien über einen Schiedsvertrag übereingekommen sind (D. 4, 8, 21, 9).
3. Mangelnde Parteifähigkeit: Es ist weiterhin selbstverständlich, daß gegenüber einem gar nicht rechtsfähigen Gegner, z. B. einem servus (D. 50, 17, 107) eine actio nicht gegeben werden kann, bezw. daß auch einem servus für den Regelfall (s. D. 40, 12, 24$^{pr.}$) die Klagen verweigert werden müssen.

[36] Pernice, a. a. O. S. 58.

4. Mangelnde aktive und passive Postulationsfähigkeit: D. 3, 1 mit D. 3, 2, 1 führen ein sorgsam detailliertes Register von Postulationshindernissen auf, sowohl gänzlicher Postulationsunfähigkeit (D. 3, 1, 1, 3), wie beschränkter Postulationsfähigkeit (D. 3, 1, 1, 5). Hier kommt auch der foro interdictus (D. 48, 19, 9, 2, 4) in Betracht. Der Ausdruck denegare actionem findet sich hier nicht, die Quellen sprechen von removeri, repelli. Wenn der Prätor Personen am Postulieren hindert, kann die Zustimmung des Gegners den Mangel nicht beseitigen (D. 3, 1, 7). Die leitenden Gesichtspunkte für die Zurückweisung des Klägers betreffen stets dessen persönliche Nichteignung und die Rückwirkung auf die dignitas und decus des Magistrates.

   Der in ius Vozierte darf nicht zu den Personen gehören, die nach dem Edikt überhaupt nicht in ius voziert werden dürfen oder darf wenigstens nicht unter die Leute fallen, die gerade der Kläger nicht in ius rufen kann (D. 2, 4, 2—6; D. 5, 1, 4; D. 44, 7, 7). Die Folge wird auch hier Denegationsbescheid gewesen sein, wenn sich auch keine direkten Belege dafür finden lassen. Daß die Prüfung dieser Voraussetzungen in iure zu erfolgen hatte und nicht ebensogut in ein iudicium überwiesen werden konnte, ergibt sich aus der Natur der Sache[37].
5. Verweigerung der Erfüllung einer prätorischen Anordnung durch den Kläger in iure: Die denegatio actionis findet sich auch, wenn der Kläger einen vom Prätor auferlegten Kalumnieneid in iure verweigert (D. 12, 2, 37).
6. Präjudizialgefahr: Die Geltendmachung eines Anspruches im Zivilprozeß kann (s. D. 47, 8, 2, 1) verweigert werden, wenn damit einem öffentlichen (D. 47, 10, 7, 1) Verfahren oder einem anderen Zivilrechtsstreit (D. 44, 1, 18) präjudiziert würde.
7. Vertretermängel: Sobald der Prätor in iure merkt, daß ein auftretender Vertreter überhaupt nicht vertretungsberechtigt ist, bezw. daß hinsichtlich der Vertretung nicht alles in Ordnung geht, kann er die Klage kurzerhand denegieren. Über die Bedeutung der exceptiones procuratoriae[38]

[37] s. a. Schott I S. 27 ff.; Bülow, Prozeß-Einreden S. 88 ff.

[38] s. a. Schott I S. 81.

wird später zu sprechen sein. Wie der Prätor das Recht hat, cautiones anzuordnen oder zu verweigern (D. 46, 5, 1, 9), ist er befugt, Vertretern, die nicht ordnungsmäßig kavieren, die Aktion abzuschneiden (D. 39, 1, 7). Der Prätor kann einen falschen Prokurator einfach zurückweisen (D. 39, 1, 13, 2); einem Prokurator, der die Defension nicht übernimmt, wird die actio denegiert (D. 3, 3, 43, 4; Cod. 2, 12, 5). Eine dem Vertreter ähnliche Stellung nimmt der Vater, der für die Tochter de dote agiert, ein. Denegationen finden sich hier analog (D. 3, 3, 39, 3; D. 25, 2, 4). Bei einem nicht vertretungsberechtigten Vertreter einer juristischen Person gilt das gleiche (D. 3, 4, 3: experiri non permittitur). Bei Aktionen, die überhaupt nicht durch einen Prokurator angestrengt werden können (D. 3, 3, 40pr., 42) wird ebenfalls Denegationsbescheid die Folge gewesen sein. Vertreter, von welchen der Prätor weiß, daß sich ihr Wille mit dem des Vertretenen nicht deckt, werden repelliert, selbst wenn sie Cautio leisten wollten (D. 3, 3, 40, 3).

8. Nichtzustandekommen eines Streitverhältnisses in iure: denegatio actionis findet sich auch, wenn ein ordentliches Streitverhältnis zwischen den Parteien in iure überhaupt nicht zustande kommt. So wird, wenn der Prätor nach vorausgegangenem vadimonium iudicio sisti den Beklagten vor Gericht stellen läßt, dieser aber vor Erlaß des Dekretes gestorben ist, dem Kläger die actio denegiert (D. 2, 8, 4). Diese Stelle führt uns dazu, einen Denegationsbescheid im Versäumnisverfahren in Erwägung zu ziehen, für den Fall nämlich, daß ein dritter bereit wäre, das iudicium für den Nichterschienenen zu übernehmen. Natürlich ist an ein denegare actionem im gewöhnlichen Sinn beim eigentlichen Versäumnisverfahren nicht zu denken. Trotzdem wird man eine Art Denegationsbescheid hier zugeben müssen. Denn der Prätor wird hier den Kläger wohl gefragt haben, wer der in ius Vozierte sei. War dies nun eine Person, die Kläger überhaupt nicht in ius vozieren durfte, so wird wohl ein prätorischer Bescheid ergangen sein, der einer denegatio actionis sehr nahe kam.
9. Keine Einigung der Prozeßsubjekte in iure hinsichtlich der „formula danda“: Über Fälle dieser Art

finden wir in den Quellen überhaupt nichts. Aus allgemeinen Grundsätzen des römischen Zivilprozesses heraus hat jedoch die Literatur für derartige Fälle das prätorische Denegationsrecht wohl mit Recht zu Hilfe genommen. Denn zweifellos muß der Prätor ein Mittel zur Hand gehabt haben, solche Streitfälle rasch kraft seines Imperiums zu entscheiden. Diesen einfachsten Behelf dürfen wir daher in seiner Denegationsbefugnis suchen. Hierunter fallen folgende Fälle: a) Der Kläger bringt eine unpassende Prozeßform in Vorschlag; insbesondere er begehrt eine nicht ediksmäßige Aktion, der Prätor hat aber keinen Grund, ihm zu willfahren[39]. b) Der Kläger lehnt eine ihm vom Magistrat in bestimmter Weise angebotene Formel ab, während der Magistrat ihm eine andere nicht gewähren will[40]. c) Der Kläger beharrt, anstatt eine andere Formel zu erbitten, auf einer solchen, die mit Recht die Zustimmung des Beklagten nicht gefunden hat[41]. d) Der Kläger will eine vom Beklagten postulierte und vom Prätor gebilligte exceptio nicht in die Formel aufnehmen lassen[42].

Schott[43] will weiter gefunden haben, daß mangelnde editio formulae, die auch in iure keine Rechtspflicht gewesen sei, einen Denegationsbescheid nicht zur Folge gehabt habe. Er versucht dies unter Heranziehung sehr bestrittener Stellen darzutun, mit denen aber offenbar ein zweifelsfreier Nachweis nicht zu erbringen ist. Wir wollen daher hier auf diese Streitfragen nicht weiter eingehen; sie liegen außerhalb des Rahmens dieser Untersuchung. Im Ergebnis wird aber Schott beizustimmen sein. Denn, selbst angenommen, es habe eine Rechtspflicht zum edere formulam bestanden, so hatte das nicht die Bedeutung, daß der Prätor daran gebunden gewesen wäre, welche formula ediert wurde. Das ergibt sich deutlich aus den bei Schott I S. 47, 48 angeführten Stellen. Hatte aber die editio formulae nur informatorischen Wert für den Beklagten und war sie für den Prätor eine Erleichterung in der

[39] Wlassak, Litiskontestation S. 67; Keller, Ziv.-Proz. I S. 220; Rudorff, R.-Gesch. II § 70.

[40] Bekker, Z. Sav. St. 27, 10 ff., 17.

[41] Hölder, Z. Sav. St. 24, 222.

[42] Bekker, a. a. O. S. 12, 24; Hölder l. c. S. 222.

[43] I S. 33 ff., II S. 29 ff.

Geschäftsführung, insoferne er schneller wußte, um was es sich handelte, so muß wohl zugegeben werden, daß die Nichteinhaltung einer bestimmten editio formulae für den Kläger nicht unter allen Umständen einen Denegationsbescheid veranlaßt haben mußte. Man kann sich hier auch auf die actiones in factum stützen. Denn wenn der Kläger gar keine im Edikt proponierte actio für diesen Fall edieren kann und wenn trotzdem Aussicht besteht, ein iudicium zu erlangen (D. 19, 5, 11), so muß sein Erfolg nicht immer vom edere actionem abgehängt sein. Freilich muß hier ein Vorbehalt gemacht werden für die Fälle der contumacia des Beklagten. Hier wird der Nachweis der ersten außergerichtlichen editio actionis für den Prätor regelmäßig unentbehrlich gewesen sein. Denn der erschienene Kläger wird die Editionsabschrift doch wohl als ausgezeichnetes und regelmäßig alleiniges Beweismittel zur Hand gehabt haben müssen, um dem Prätor darzutun, daß der Beklagte säumig sei. Die bloße Versicherung des Klägers dürfte dem Prätor doch kaum genügt haben. Wurde aber in solchen Fällen der Editionsnachweis nicht erbracht, wird eine Art Denegationsbescheid nicht zu umgehen gewesen sein.

Die denegatio actionis wird in den vorerwähnten Fällen bald ohne jede Rücksicht auf das strittige Rechtsverhältnis, bald aber nach allgemeiner Kenntnis desselben durch den Prätor erfolgt sein. Zu der letzteren Klasse gehören die Fälle unter 2, 5, 6 und 9; aber auch in den anderen Fällen wird — man denke an die sachliche Unzuständigkeit oder an den nichtvertretungsberechtigten Kläger einer universitas — das Streitverhältnis wenigstens ganz allgemein berührt werden, ehe der Denegationsbescheid ergehen kann. Die hier erörterten Fälle haben alle das gemeinsam, daß nicht die materielle Nichtberechtigung des geltend gemachten Anspruches den Grund für die denegatio actionis abgibt.

II. Denegatio actionis zum Zwecke der Durchführung allgemein anerkannter prätorischer oder ziviler Rechtsgrundsätze.

Wir kommen nun zu den Fällen, in welchen der Prätor das Denegationsrecht gebraucht, um dem Kläger das zu versagen, worauf er nach allgemein anerkannten Rechtsgrundsätzen einen Anspruch nicht hat. In einer Reihe dieser Fälle können wir beobachten, wie exceptio mit denegatio actionis konkurriert. Die

Grundlagen für den Denegationsbescheid können sich hier erst in iure durch ein rechtserhebliches Verhalten eines Litiganten ergeben haben bezw. prozeßrechtlicher Natur sein, dann wollen wir sie prozessuale Gründe nennen, oder sie sind rein materieller Natur. Der Denegationsbescheid hat aber in allen folgenden Fällen stets zur Voraussetzung, daß der Anspruch selbst in iure erörtert werden muß.

A. Prozessuale Gründe:

1. Anbieten der Befriedigung durch den Beklagten in iure: Die impetrierte Aktion wird denegiert, wenn der Kläger hier die volle Schuld durch den Beklagten angeboten erhält (D. 46, 3, 30); auch bezüglich eines Teiles, den Beklagter anbietet, wird eine Klage nicht gegeben (D. 12, 1, 21; über diesen Spezialfall s. ausführlich unten § 17). Derselbe Grundsatz ist in D. 46, 7, 16 ausgedrückt.
2. Leistung des iusiurandum: Der Schiedseid, den ein Litigant als zugeschobenen bezw. zurückgeschobenen in der Streitsache schwört, hat die Wirkung der Streitbeendigung (D. 44, 5, 1 pr.). Der Prätor stellt im Edikt (D. 12, 2, 7) denegatio in Aussicht, die nach Eidesleistung erfolgt (l. 9 pr., 35 h. t.). Im Zweifelfall wird exceptio gegeben (s. a. Paul. Sent. II, 1, 3: Denegation bei Eideserlaß).
3. Anerkenntnis und Vergleich: Hat der Beklagte seine Schuld irgendwie anerkannt, wird dem Kläger nicht erst noch eine actio gewährt (Paul. Sent. II, 1, 5; s. a. D. 42, 2, 6, 2); das Analoge beim Vergleich läßt sich e contrario aus D. 3, 3, 60 entnehmen. Anerkenntnis und Vergleich brauchen nicht einmal in iure erfolgt zu sein, um Denegationsbescheid eintreten zu lassen[44].
4. res iudicata: Hier findet sich parallel die exceptio rei iudicatae. Der Kläger wird mit seiner zweiten Klage abgewiesen (Cic. pro Flacc. 21, 49). Hatte der Kläger Auswahl hinsichtlich der Klagen und ist er mit der einen vorgegangen, so kann er die andere, mit der er mehr erreicht hätte, nicht ohne weiteres geltend machen (D. 14, 5, 4, 5). Die Abweisung mußte zweifellos im klassischen Recht auch bei Korrealobligationen, sobald es gegen nur einen Korrealschuldner zur Litiskontestation gekommen war, auf die Klage gegen jeden

[44] s. a. Schott I S. 80.

anderen Schuldner erfolgen. D. 9, 4, 4, 3 behandelt einen Noxalfall, wo ähnlich nach durchgeführtem Noxalverfahren gegen den dominus sciens delicti eine weitere Klage gegen diesen Herrn nicht gegeben wird. Eine Entscheidung über die Sache kann auch durch vorgängigen Schiedsspruch erfolgt sein. Nach einer Sachentscheidung in diesem Verfahren ist die Klage vor dem Prätor zu denegieren (D. 21, 2, 56, 1); denegatio actionis erfolgt in den hier erörterten Fällen nicht, wenn Kläger eine replicatio entgegensetzen kann (D. 4, 3, 25). War für den gleichen Anspruch ein publicum iudicium angestrengt und ist dieses erledigt, dann wird die Klage im Zivilprozeß denegiert (D. 47, 10, 6).

Zu Ziff. 2—4 s. a. D. 42, 1, 56.

B. Materiellrechtliche Gründe:

Obwohl wir uns bewußt bleiben, daß der Begriff „Anspruch" im modernen Sinne den Römern etwas wenig Geläufiges war (s. o. § 2), wollen wir uns im folgenden dieses Ausdruckes bedienen, weil er unserer modernen Auffassung näher liegt und für nachstehende Einteilung besser verwendbar ist.

1. Der Anspruch ist erloschen oder gegenstandslos: Hat der Kläger das, was er beansprucht oder dessen Wert bereits auf irgend eine Weise vom Beklagten oder einem Dritten in sein Vermögen erlangt, so wird die Aktion darauf denegiert. Hieher gehören die Fälle in D. 24, 3, 22, 3; D. 47, 6, 3 mit D. 9, 4, 31; D. 4, 3, 7, 6; D. 4, 8, 21, 12; D. 9, 4, 4, 3; D. 27, 9, 10; D. 47, 8, 1. Ebenso wird die Klage denegiert, wenn der Kläger mit seiner Aktion den Erfolg anstrebt, daß eine Verbindlichkeit erfüllt werde, die bereits auf andere Weise erfüllt ist: D. 38, 2, 20, 1. Eine Befriedigung, die der eine Gesamtgläubiger erhalten hat, muß der andere gegen sich gelten lassen. Ihm wird daher die Klage verweigert (D. 13, 6, 6); ebenso ist, wenn ein Gesamtschuldner dem Gläubiger geleistet hat, die Klage gegen den anderen Schuldner nicht zu geben (D. 11, 6, 3pr.); solange noch nicht alles geleistet ist, steht aber der Klage gegen den anderen nichts entgegen (D. 27, 6, 8).

2. Der Anspruch ist bedingt, die Bedingung aber zur Zeit der Klagestellung defiziert, oder er ist befristet, die Frist aber versäumt oder es ist Fälligkeit der Schuld noch nicht

eingetreten. So wird dem innerhalb der bestimmten Frist die Erbschaft nicht Antretenden die Erbschaftsklage (D. 29, 2, 69) bezw. dem die Wahl nicht Vornehmenden die Klage auf das Legat verweigert (D. 33, 5, 6, 8). Auch bei Nichtfälligkeit einer Schuld (s. D. 17, 1, 51) wird denegatio actionis erfolgt sein (D. 12, 1, 19pr.).

3. Der Anspruch ist nicht mit actio verfolgbar (obligatio tantum naturalis) s. D. 2, 2, 3, 7: repetitio inhibetur; s. a. D. 44, 7, 10. Hierunter fielen in älterer Zeit alle jene pacta, die erst allmählich durch das prätorische Edikt klagbar wurden.
4. Ein Anspruch ist mangels obligatio überhaupt nicht entstanden: turpia negotia begründen keine Verbindlichkeit. Daher wird daraus die Aktion verweigert: D. 1, 7, 34 (Klage aus zeitlich beschränkter Adoption), D. 3, 6, 3, 3; D. 4, 3, 1, 5; D. 35, 1, 71, 1; D. 45, 1, 26, 27; D. 45, 1, 97, 2. Besonders interessant für das Sittlichkeitsempfinden ist D. 35, 1, 71, 1: wer sich dafür etwas versprechen läßt, daß er eine bestimmte Person nicht heirate, der soll nicht klagen können; dagegen sei es nicht anstößig, wenn einem letztwillig etwas zugewendet werde, wenn er jemanden heirate. Eine Klage aus einer Schenkung unter Ehegatten wird ebenfalls nicht gewährt (D. 24, 1, 67).
5. Der Anspruch ist durch Gesetz, Senatsbeschluß, Edikt, constitutio principis von der Geltendmachung in iure ausgeschlossen: So wird der, welcher gegen die ausdrückliche Vorschrift der lex Licinnia einen Teilungsprozeß anstrengt, nicht erhört (D. 4, 7, 12). Hieher gehören weiter alle jene Fälle, wo Senatsbeschlüsse, wie das Macedonianum, Vellaeanum, Trebellianum, die Gewährung einer actio ausschließen (D. 14, 6, 1; D. 16, 1, 2; D. 36, 1, 1, 2 mit D. 13, 5, 22). Über das häufige Vorkommen der exceptio in diesen Fällen wird später zu reden sein. Prätorische Edikte, die Denegation anordnen, finden sich in D. 11, 5, 1pr.; D. 12, 2, 7; D. 25, 4, 1, 10, 15; D. 38, 2, 1, 1; D. 42, 5, 25. Constitutiones der Kaiser, die sich mit der gleichen Frage befassen, enthalten z. B. D. 29, 6, 1pr.; D. 42, 7, 4; Vat. fr. 205. Über eine im edictum perpetuum angekündigte denegatio actionis s. Cod. 2, 12, 5.
6. Dem Anspruch fehlt eine Voraussetzung, unter der er nach dem anerkannten Recht allein durchführbar ist. Diese

Voraussetzung kann in der Person des Klägers liegen (mangelnde Aktivlegitimation) oder auf Seiten des Beklagten gegeben sein (mangelnde Passivlegitimation).

a) Mangelnde Aktivlegitimation: Der auf die dos klagende Vater hat nicht nur seine patria potestas, sondern auch die Zustimmung der Tochter bei Geltendmachung des Anspruches nachzuweisen. Gelingt ihm eines davon nicht, wird die Klage denegiert (D. 24, 3, 34); fehlt ein gültiges Testament oder eine gültige Zuwendung, so ist der Klagende als Nichtberechtigter zu repellieren (D. 28, 4, 1, 3); ebenso wird der Kläger zurückgewiesen, wenn er gar nicht Intestaterbe ist (D. 38, 17, 2, 47); der Noterbe gelangt gegen das Testament zum Zug; es ist daher unstatthaft, daß er einen Erwerb, der ihm secundum testamentum zufallen würde, als Noterbe geltend machen könnte (D. 37, 4, 18, 1; D. 37, 5, 5, 4). Demjenigen, der sich der Erbschaft entschlagen hat, wird die Erbschaftsklage denegiert (D. 29, 2, 99). Ist jemand durch Urteil die Erbenqualität aberkannt oder steht sie sonst nicht fest, so werden ihm die Klagen, die er nur in dieser Eigenschaft anstellen könnte, verweigert (D. 37, 10, 4, l. 1, 11 h. t). Ein dominus kann das, was er wegen entgegenstehenden Willens seines procurator noch nicht erwerben konnte, nicht unmittelbar vom Dritten herausverlangen (D. 41, 2, 49, 2). Ein Substitut ist nicht legitimiert zur Klage auf das was dem Instituten gebührt (D. 38, 2, 16, 11); wer nicht den Willen hat, nach jeder Richtung der Erbenstellung gerecht zu werden, kann nicht auf die Erbschaft klagen (Gai. II, 169); dem heres fiduciarius, der nach dem S. C. Trebellianum restituiert hat, wird die Klage auf ein zur Erbschaft gehöriges Recht verweigert (D. 13, 5, 22). Bestehen hinsichtlich der Aktivlegitimation keine Zweifel, ist von denegatio keine Rede (D. 41, 2, 12, 1). Hier sind auch zu erwähnen die Fälle, wo Klagen bestimmter Art nicht jedem ohne weiteres zustehen, sondern wegen ihres rein persönlichen Charakters der Vererblichkeit nicht unterliegen; so die Injurienklage: D. 2, 11, 10, 2; s. a. Gai. IV, 113. Die Praxis hinsichtlich der Vererblichkeitsfrage schwankte bei einigen Aktionen (D. 11, 7, 9).

b) Mangelnde Passivlegitimation: Ist der Beklagte tutor, so wird gegen ihn, wenn er sich in dieser Eigenschaft verpflichtet hat, die Stipulationsklage verweigert, sobald er die Eigenschaft als tutor verloren hat (D. 2, 11, 15). Derjenige, der sich von einer Erbschaft abstiniert, kann wegen einer persönlichen Verpflichtung des Erblassers nicht in Anspruch genommen werden. Dem Kläger wird daher die Klage denegiert (D. 20, 6, 11; D. 29, 2, 57). Hieher gehören ferner die Fälle, wo Klagen auf Seite des Beklagten nicht vererblich sind, weil sie rein pönalen Charakter haben oder aus einem sonstigen Grund von einer bestimmten Person nicht zu trennen sind. Solche Klagen werden daher gegen den Erben verweigert (Gai. IV, 112, 113; D. 4, 9, 7, 6; D. 9, 3, 5, 13; D. 11, 6, 3, 5; D. 25, 3, 4 i. f.).

7. Der Anspruch betrifft die nachträglich unmöglich gewordene Leistung: So wird demjenigen, der sich einen bestimmten Sklaven hat versprechen lassen, die Stipulationsklage verweigert, wenn aus dem Sklaven mittlerweile eine libera persona ohne Verschulden des Promittenten geworden ist (D. 29, 5, 3, 13).

8. Ein Anspruch ist für den Kläger nach der konkreten Rechtslage nicht vorhanden: So kann, wenn nach Perfektion eines Kaufvertrages die verkaufte Sache durch einen Dritten zerstört wird, der Käufer, nicht der von der Leistung freigewordene Verkäufer, gegen den Dritten klagen (D. 4, 3, 18, 5); da die ädilizischen Klagen voraussetzen, daß der Käufer noch nicht weiter über die Sache verfügt hat, als es der nächstliegende Zweck des Kaufes mit sich bringt, so werden diese Klagen im gegenteiligen Fall denegiert (D. 21, 1, 47); ebenso die Klage aus einer stipulatio dupli, wenn von einer Eviktion keine Rede sein kann (D. 21, 2, 25); hat der Pfandschuldner dem Gläubiger das pignus verkauft, so fehlt es an den Voraussetzungen, daß der Schuldner mit der persönlichen Pfandklage das Pfand zurückbekommen kann (D. 13, 7, 20, 3). Ist eine Stipulation darum abgeschlossen, daß sich ein Streitsteil in einer Injuriensache vor Gericht stellen solle, so wird nach dem Tod eines der Streitsteile keine Klage aus der Stipulation gegeben, weil diese um des Streites willen eingegangen wurde, die Injurienklage aber

nicht vererblich ist (D. 2, 11, 10, 2); tritt eine capitis deminutio in der Person des Schuldners ein, wodurch erst eine adjektizische Klage gegen den Gewalthaber denkbar wird, so wird eine Klage ex ante gesto als adjektizische nicht gegeben (D. 15, 1, 42); das Analoge gilt beim Gemeinschuldner nach der venditio bonorum (D. 42, 8, 25, 7). Weitere Denegationsfälle auf Grund anerkannten Rechtes in D. 21, 2, 50, Paul. Sent. V, 11, 5 betreffen den Ausschluß von Eviktionsansprüchen bei rechtmäßigem Pfandverkauf durch den Ersteher oder gegenüber dem Schenker. Wer auf eine pollicitatio hin geleistet hat, kann das Geleistete nicht kondizieren. Die Klage darauf wird, da er ein debitum fordern würde, denegiert (D. 50, 12, 3, 1).

Keiner besonderen Ausführung bedarf es, daß der Prätor dann jedenfalls die Aktion denegieren muß, wenn sie auf etwas gestützt ist, was überhaupt nicht rechtserzeugend wirkt, z. B. auf ein formloses pactum, wo Stipulation nötig wäre, oder wenn der Kläger etwas verlangt, was mit seinen tatsächlichen Angaben in Widerspruch steht[45].

III.

Wir kommen endlich zu der letzen Gruppe von Denegationsfällen, zu jenen nämlich, wo uns der Denegationsbescheid unmittelbar als Ausfluß des prätorischen Imperiums, neues Recht zu statuieren, im konkreten Fall das Recht auszugestalten und weiterzubilden, entgegentritt. Wir haben hier weniger den Eindruck, daß mit Rücksicht auf bereits fest anerkannte Grundsätze eines Rechtssystems denegiert wird, sondern daß die denegatio actionis Mittel im Einzelfall ist, Recht zu finden, weiterzubilden und auszubauen. Hier mag vor allem wiederholt werden, daß die Systematisierung der Denegationsfälle hier nur den Überblick erleichtern will, keineswegs ist aber mit dieser Gruppierung eine feste Umgrenzung beabsichtigt. Denn unter Rechtsfortbildung können auch eine Reihe der Fälle unter II, besonders in Ziff. 6 und 8 subsummiert werden. Indessen ist bei jenen der Eindruck schon mehr der bereits gefestigter Rechtsgrundsätze als der des Rechtsuchens für einen konkreten Tatbestand.

---

[45] Keller, Ziv.-Proz. S. 220; Helmolt, a. a. O. S. 68, 73.

1. Zunächst wird das Denegationsrecht vom Prätor verwendet, um bereits bestehende zivile oder prätorische Rechtsgrundsätze im Einzelfall ihrem Sinne nach durchzuführen.
   a) Es ist vor allem Aufgabe des Prätors, dahin zu wirken, daß nichts in fraudem legis bezw. edicti geschieht. Wo überall das Gewähren einer actio diesen Erfolg hätte, tritt Denegation ein. So wird die actio aus einer stipulatio, die lex Falicidia solle nicht befolgt werden, denegiert (D. 35, 2, 15, 1); ganz analog D. 38, 1, 42 (Edikt des Rutilius); ebenso stellt D. 38, 2, 50, 2 Denegation als Handhabe in Aussicht, wenn der Kläger nur in fraudem edicti mit der Klage vorgehen würde. Zur Ausführung der prätorischen Rechtsgrundsätze über Gläubigerbenachteiligung findet sich bei frauduloser Eidesdelation in D. 12, 2, 9, 5 gleichfalls die denegatio. Gehen in der gleichen Sache zwei sich widersprechende prätorische Anordnungen voraus, wobei die letztere die erstere aufhebt, so kann sich der Kläger auf den ersten Bescheid nicht mehr stützen (D. 39, 1, 16).
   b) Stellen Edikte, Senatsbeschlüsse, Constitutiones gewisse Grundsätze auf, so hängt das Gewähren oder Versagen einer actio davon ab, ob sich das klägerische Begehren mit dem Geiste der betreffenden Rechtssätze vereinigen läßt oder nicht. So verbietet es der Zweck des prätorischen Institutes der operis novi nuntiatio, daß nach Erlaß des Interdikts der Nuntiat weiterbaut; der Nuntiat, der dies trotzdem tut, kann nicht auf Fesstellung klagen, daß er mit Recht gebaut habe. Die Klage wird ihm denegiert (D. 39, 1, 1, 7); in Ausführung der missio legatorum servandorum causa werden dem Erben zugunsten der Vermächtnisnehmer die Klagen denegiert (D. 36, 4, 10); Denegationen finden sich auch in Ausführung von Senatsbeschlüssen (D. 14, 6, 1, 1; 7, 7; 9, 2; D. 4, 4, 12; D. 5, 6, 3, 1), des Macedonianum, Vellaeanum, Trebellianum und des Libonianum[46] (D. 48, 10, 6, 3); die Denegationsfälle in D. 2, 2, 1, 2; 3, 5; D. 4, 9, 7 und D. 15, 1, 47, 1 sind Folgen sinngemäßer Ediktsauslegung für bestimmte Fälle. Unter den

[46] s. a. Schott I S. 93. Hier schon starke Rechtsfortbildung über das ursprüngliche Strafgesetz hinaus.

gleichen Gesichtspunkt fallen die Denegationen in D. 29, 4, 6, 3, 4; 7; D. 37, 5, 3, 6, 7. In D. 42, 7, 4 und D. 38, 1, 40 ist die denegatio im letzten Grund auf das Senatuskonsult bezw. Reskript zurückzuführen. Werden im Edikt der actio gewisse Grenzen gezogen, so wird sie dann verweigert, wenn sie den ediktsmäßigen Merkmalen nicht entsprechen kann, z. B. wenn die Grundlage einer dolus-Klage nicht vorliegt (D. 4, 3, 15; ähnlich D. 47, 8, 2, 19); hinsichtlich der actio furti vgl. D. 47, 2, 60; hinsichtlich der Mandatsklage s. D. 17, 1, 40, 41 und viele andere.

2. Es steht ganz in der Hand des Prätors, auf welchem Wege er dem Kläger den Rechtsschutz gewähren will. Er gibt ihm gerade diejenige actio, die er für den jeweiligen Fall am zweckmäßigsten hält. Auch hier ist sein Denegationsrecht von großer Bedeutung. Er hat für den modus agendi und die Handhabung des Aktionensystems allmählich bestimmte Grundsätze aufgestellt, deren Beachtung er durch ein denegare actionem erzwingen kann. So stellt z. B. D. 4, 1, 7, 1 den Grundsatz auf „... boni praetoris est... et aequitas postulabit... ad famosam actionem tunc demum descendere, cum remedio locus esse non potest". Es wird immer die dem jeweiligen Sachverhalt entsprechende Aktion gewährt; anomale Klagen werden sehr selten gegeben (Gai. IV, 54: . . . rarissimo; D. 50, 17, 58 . . . non solent dari).
   a) Ist für den vorliegenden Fall ein spezieller Rechtsschutz für den Kläger eigens vorgesehen, so wird er auf diesen verwiesen. So soll dem possessor, der den Interdiktenschutz hat, eine actio nicht gewährt werden (D. 43, 17, 1, 6).
   b) Eine bestimmte Klage wird nur soweit gegeben, als sie nach der Sachlage notwendig ist (D. 3, 6, 5, 1; D. 39, 2, 18, 15); sie wird aber andererseits nicht unter einem bestimmten Umfang gegeben, wenn der damit verfolgte Zweck sonst eine Benachteiligung des anderen Teiles zur Folge hätte, wie in D. 39, 2, 9, 2.
   c) Außerordentliche Rechtsbehelfe werden nicht gewährt, wenn ordentliche offen stehen. So ist das Verfahren bei damnum infectum ein außerordentliches; der inquilinus soll nur ex conducto vorgehen können, die actio damni infecti wird ihm verweigert (D. 39, 2, 33); ähnlich auch

l. 18 § 2 h. t. Die dolus-Klage ist stets subsidiär (D. 4, 3, 1, 4; D. 4, 3, 25: non temere decerni) und selbst da noch kann es auf eine causae cognitio der Summe und der Person des Klägers ankommen (D. 4, 3, 9, 5; 11); ferner ist subsidiär die Klage in D. 27, 4, 1, 16; s. a. D. 10, 4, 3, 8. Wenn ein außerordentlicher Rechtsbehelf versagt wird, kann der Kläger die anderen Rechtsbehelfe verfolgen (D. 39, 1, 19).

d) Behufs Wahrung des honor matrimonii gewährt der Prätor eine infamierende Klage gegen die Frau nicht. Bei den nahen Beziehungen zwischen Eltern und Kindern ist auch die Injurienklage nicht „temere danda", sondern es entscheidet die atrocitas iniuriae (D. 47, 10, 7, 3). Über das Verhältnis zwischen einer actio mit summa maior und einer infamierenden s. D. 50, 17, 104.

e) In der Hand des Prätors steht es weiter, innerhalb welchen Zeitraumes er Aktionen gewähren will. So wird jedenfalls dem Kläger, der nach bestimmter Frist seine actio anstellt, dieselbe denegiert (s. a. oben II, B, 2). Ferner hat der Prätor darüber zu entscheiden, ob er bestimmten Personen, z. B. den filii familias gar jede Klage anstellen läßt oder nur ganz bestimmte (D. 44, 7, 9).

3. Eine überaus ausgedehnte Bedeutung hat das Denegationsrecht in der Rechtsfortbildung und weiteren Rechtsausgestaltung. Als Gegenstück zum dare actionem, das identisch ist mit non denegare (D. 40, 12, 17 z. B.), werden gerade zum Zweck der Rechtsausgestaltung und -Weiterbildung von den Juristen eine Reihe von Fällen gebildet, wo das denegare actionem nichts anderes ist, als der praktische Erfolg eines von ihnen im konkreten Fall nicht gebilligten Klagbegehrens. Da diese Fälle durchweg vom Edikt oder von gewissen anerkannten Rechtsgrundsätzen ausgehend unter minutiöser Berücksichtigung aller Umstände für einen bestimmten Fall kasuistisch dartun, was Rechtens sein solle, so ist das denegare actionem, das in diesem Zusammenhang genannt wird, nichts anderes als das praktische Ergebnis einer Rechtsauslegung.

a) Hier spielen eine wichtige Rolle alle jene Stellen, wo die Juristen in ihren Responsen oder sonstigen Gutachten im konkreten Falle ein Edikt, Senatuskonsult etc. für an-

wendbar hielten oder nicht. Es handelt sich hier um Rechtsinterpretation, oft mit Zuhilfenahme der Rechtsanalogie. Ganz von selbst ergibt sich daraus eine Rechtsfortbildung. Die Juristen, die sich ganz an Stelle des Prätors setzen, besorgen hier, was in D. 19, 5, 11 vom Prätor gesagt ist: „supplet quod legi deest". Hier mag an erster Stelle genannt werden D. 38, 13 l. un. „. . . hic casus verbis edicti non continetur . . ., sed aequum est . . . denegari". So behandeln weiter D. 38, 2, 16, 1; 5—7; D. 48, 10, 6, 3 eine kasuistische Rechtsfortbildung in Anlehnung an das Edikt. Wie sehr dabei auf den Sinn und Zweck zurückgegangen wird, beweisen z. B. die minutiösen Unterscheidungen in D. 14, 1, 7 hinsichtlich der actio exercitoria, in D. 9, 2, 28; 29, 3, 4 ff.; 30, 1 mit Bezug auf die Auslegung der lex Aquilia. Ebenfalls unter den Gesichtspunkt der Anwendbarkeit bestimmter Edikte oder Senatsbeschlüsse auf konkrete Fälle ist eine große Anzahl von Denegationsfällen zu subsummieren. Hieher gehören nachstehende Quellenstellen, auf die der Einfachheit halber hier bloß verwiesen werden möge: D. 4, 4, 27, 1; D. 4, 2, 17; D. 4, 3, 7, 6—13; D. 4, 7, 3, 4, 5; D. 4, 9, 6; D. 9, 3, 5, 12; D. 11, 5, 1, 1; D. 14, 3, 16; D. 14, 6, 9, 2; D. 15, 1, 3, 8; D. 15, 2, 1, 7; D. 16, 1, 19, 5; D. 28, 8, 7 pr., 2; D. 30, 87; D. 36, 4, 11; D. 37, 5, 5, 3; D. 37, 5, 3, 6, 7; D. 38, 1, 29; D. 40, 12, 14—17; D. 42, 5, 28; D. 42, 8, 25, 1; D. 43, 18, 1, 3; D. 44, 7, 5, 5; D. 45, 1, 132; D. 47, 4, 2; D. 47, 10, 7 pr.; 15, 15, 28, 43, 44; 17, 10, 12; D. 48, 10, 14, 2. Öfters kommen die Juristen in ihren Responsen nach genauer Abwägung des einzelnen Falles zur Ansicht, daß dem Kläger hier eine actio nach dem Sinne des Ediktes oder Senatuskonsultes oder jedenfalls nach allgemeinem Rechtsempfinden gegeben werden müsse. Da sich ihnen zunächst der Gedanke an eine mögliche denegatio aufdrängte, erfolgt dann die negative Wendung: actio . . . non est deneganda, z. B. D. 23, 3, 48; D. 24, 3, 46; D. 34, 4, 22. Von Interesse ist D. 43, 20, 1, 13, wo mit der Wendung „non deneganda" die analoge Anwendung des Interdikts über den eigentlichen Wortlaut des Edikts hinaus für angemessen erachtet wird. Daß bei solchen Rechtsauslegungen selbst

unter den Juristen Meinungsverschiedenheiten über die Frage, ob actio danda bezw. deneganda sit, bestanden, beweist z. B. D. 47, 10, 44 (Javolen) „... negat Labeo ... agi posse ... quod falsum puto".

Einen sehr guten Einblick in die Ausgestaltung des Patronatsrechtes geben uns die Fälle, die von Denegationen der actio operarum zwischen Patron und libertus berichten, so D. 38, 1, 17—20, 46, 48. Auf Weiterbildung des Rechtes der Vorsteher von Gemeinwesen beziehen sich die Denegationsfälle in D. 50, 1, 15, 1 und D. 50, 8, 5, 1.

b) Eine besondere Gruppe von Denegationsfällen bilden alle jene, welche in Ausführung des Grundsatzes in D. 29, 4, 1 erfolgen: praetor voluntates defunctorum tuetur. Die Auslegung des letzten Willens, des iudicium defuncti, ist dafür entscheidend, ob dem klagenden Erwerber von Todes wegen eine Aktion gewährt werden kann. Hier ist die kasuistische l. 2 D. 28, 4 besonders beachtenswert; der gleiche Sinn liegt zugrunde in D. 34, 4, 3, 11 und D. 34, 9, 9; 12; 16, 1 („... verisimile ... testatorem noluisse ... denegatur ... eius quod accepit persecutio"); ebenso D. 30, 9, 1 („voluntatis ratione"). Nichts anderes als eine Weiterbildung dieses Grundsatzes stellen alle jene Fälle dar, wo einem tutor testamentarius, der ein Legat erhalten hat, die Klage darauf für den Regelfall denegiert wird, wenn er die Tutel ablehnt, da es eben dem Willen des Erblassers entspricht, daß er das Legat nur deshalb bekommen soll, weil von ihm die Führung der Tutel erwartet wird (D. 26, 2, 28; D. 27, 1, 32, 36 pr.; D. 27, 2, 1, 3; D. 31, 76, 6; D. 34, 9, 5, 2). In diese Gruppe ist auch D. 35, 2, 75 einzureihen: dem Erben, der ein Legat besonders zu dem Zweck erhalten hat, um andere Legate oder Fideikommisse unverkürzt zu leisten, wird die Legatenklage denegiert, wenn er von der lex Falcidia Gebrauch macht.

c) Eine weitere Reihe von Denegationsfällen zeigen eine Rechtsfortbildung in der Richtung, daß der Prätor durch sein Denegationsrecht unwürdige oder dolose Kläger im konkreten Fall repelliert. Hier ist der Denegationsbescheid eine Strafe für den Petenten; es wird auch bisweilen gesagt, es werde denegiert, um den Kläger zu

maßregeln. Als Grundsatz möge D. 4, 4, 37, 1 vorangestellt werden: neque in delictis neque in calumniatoribus praetor succurrere oportet; ferner D. 4, 6, 26, 6: ... ipsis delinquentibus praetor non subvenit; endlich D. 47, 2, 12, 1: ... nemo de improbitate sua consequitur actionem. Aus D. 39, 2, 15, 35 und der allerdings verderbten Stelle D. 36, 1, 81 ist zu ersehen, daß die Rechtsbildung dahin ging, säumige und nachlässige Kläger mit denegatio actionis zu maßregeln. Bezeichnend dafür ist auch das Spieleredikt (D. 11, 5, 1), wo die denegatio actionis eine Strafe ist, durch deren Ankündigung auf das öffentliche Leben eingewirkt werden wollte. Als Hilfsmittel zur Bekämpfung des dolus erscheint das Denegationsrecht in D. 36, 1, 50 und Cod. 6, 37, 5; auch in D. 29, 6, 1, 2; 2pr.; als Kampfmittel gegen die calumnia in D. 5, 3, 43, als Strafe und zugleich als Zwangsmittel zur genauen Überwachung der tutores in D. 26, 6, 4, 3. Als reine Strafe erscheint es in D. 28, 4, 2 und D. 47, 2, 12, 1.

Auf den inneren Zusammenhang zwischen Dations- und Denegationsrecht mag hier besonders hingewiesen werden. So kann umgekehrt zur Strafe gegen einen Beklagten eine actio gegeben werden: D. 42, 8, 25, 7; D. 40, 12, 4, wo ausdrücklich von „poena" die Rede ist. Bei der cautio damni infecti ganz ähnlich in D. 39, 2, 18, 15. Ist das klägerische Vorgehen nach allgemeiner Rechtsüberzeugung besonders schlecht und dolos, so erfolgt denegatio. Hieher gehören D. 39, 5, 29, 2 und die Indignitätsfälle in D. 34, 9, 5, 3, 5—16; 15; D. 38, 16, 3, 4; D. 49, 14, 29, 1. Ein sehr lehrreiches Beispiel gibt D. 24, 3, 22, 6, wo der de dote agierende Vater und seine Tochter einer höchst eingehenden Prüfung hinsichtlich ihrer persönlichen Qualitäten unterzogen werden sollen, von deren Ergebnis das dare oder denegare actionem abhängt (s. a. D. 3, 3, 8pr.). Auch denjenigen Klägern, welche anderen gegenüber in ihrem Interesse zurückstehen, werden die Klagen denegiert. Der Prätor wählt sich, wenn mehrere zu gleicher Zeit eine Popularklage anstellen wollen, den würdigsten aus (cuius iustissima causa ... videbitur ... cuius interest ... idoneiorem D. 47, 12, 3pr.; D. 47, 23, 2, 3). An eine eigentliche denegatio

actionis ist in diesen Fällen für die Regel kaum zu denken, denn der Prätor wird die betreffenden Kläger zur gleichen Zeit vor sich gehabt haben und einen ausdrücklichen Bescheid an die, welche er nicht zur Popularklage zuließ, kaum haben erlassen müssen. Indessen ist jeder „actor", der Bescheid „actionem dabo" trifft einen von ihnen. Wenn sich nun ein nicht Erhörter mit dem prätorischen Vorgehen nicht befreundet und weitere Untersuchung gerade seiner Eignung in iure anregte, wird ein besonderer Bescheid ihm gegenüber durchaus denkbar. Gerade bei den Popularklagen dürfte dies kaum zu den Seltenheiten gehört haben, da mit Rücksicht auf die poena sich verschiedene dazu gedrängt haben werden.

d) Das Denegationsrecht gebraucht der Prätor weiter zu dem Zwecke, um andererseits dem Beklagten im konkreten Falle nach Möglichkeit zu Hilfe zu kommen, wo es notwendig erscheint. Dies auch in dem Fall, wo der Beklagte durch den Prozeß seinem amtlichen Wirkungskreis zum Nachteil seines Amtes entzogen würde, oder wo die Übernahme eines iudicium durch den Vertreter des Beklagten unbillig erscheinen würde. Dieses prätorische Vorgehen ist eine Folge des Grundsatzes in Gai. IV, 57 ... praetor ... reis succurrit. So D. 5, 1, 75; mit Rücksicht auf seine amtliche Tätigkeit: D. 5, 1, 24, 26; mit Rücksicht auf seine persönliche Leistungsfähigkeit: D. 38, 1, 17—20. Diese Grundsätze werden auf die Vertreter ausgedehnt und weiter ausgebaut: so D. 3, 3, 8, 3; 9—13. Die Frage, inwieweit der Prätor einem Beklagten entgegenkommt, richtet sich nach den jeweiligen Umständen. So spricht z. B. D. 42, 1, 49 von einem besonders ausgiebigen Zuhilfekommen „... pingius ... succurrere debemus". Einem tutor, der durch einen zweideutigen prätorischen Bescheid entschuldbar ist, wird z. B. dadurch geholfen, daß gegen ihn auch eine actio utilis nicht gegeben wird (D. 27, 1, 37, 1); einem tutor, der wegen Vornahme gewisser unentgeltlicher Verfügungen an bedürftige Verwandte des pupillus von diesem belangt wird, wird ebenfalls durch denegatio actionis zu Hilfe gekommen (D. 27, 3, 1, 2). Den Schutz des minor bezweckt auch D. 4, 4, 27, 1. Auf nichts anderes

als den Schutz der Beklagten laufen die im S. C. Macedonianum und S. C. Vellaeanum vorgesehenen Denegationen hinaus.

e) Das Denegationsrecht zeigt sich endlich in einer großen Reihe von Fällen als prätorisches Zwangsmittel, häufig mit Strafnatur. Hier wird die Rechtshilfe dem Kläger solange verweigert, bis er gesonnen ist, dem nachzukommen, was der Prätor von ihm verlangt. Dieses Vorgehen mag in der ersten Zeit als persönliches Koerzitionsrecht gefühlt worden sein, allmählich aber, bei allgemeinerer Übung wird das Ergebnis als gemeinhin gebilligtes ius praetorium anerkannt. Das Denegationsrecht des Prätors war so auch ein hervorragendes Mittel, sein ius praetorium durchzuführen. Daß es bei Einführung des Formularprozesses eine sehr praktische Rolle spielte, wird später noch zu erörtern sein. Von Durchführung prätorischen Rechtes auf dem Denegationsweg spricht D. 7, 1, 13 pr. Hier gibt es dem Prätor die Handhabe, den usufructuarius zu einer Kaution zu zwingen. Er gewährt diesem einfach bestimmte Klagen nicht eher, als bis er seinem Willen nachkam. Um den Usufructuar bezw. den Pfandgläubiger eines Sklaven, dessen dominus mit der actio noxalis belangt wird, zur Defension zu zwingen, verweigert der Prätor diesen dinglich Berechtigten ihre dinglichen Klagen (D. 9, 4, 27; D. 2, 9, 3; D. 7, 1, 17, 2). Ähnlich gestaltete der Prätor durch sein Denegationsrecht die Rechtsbildung dahin, daß bei cautio damni infecti in dem Fall, wenn der Eigentümer eines gefahrdrohenden Grundstückes an demselben einen Nießbrauch bestellt hat, zunächst der Nießbraucher kautionspflichtig sein soll. Übernimmt er die Kautionspflicht nicht, dann soll ihm der Rechtsschutz versagt werden (D. 39, 2, 10). Ähnlich soll allen denjenigen, welche diese Kaution nicht leisteten, obwohl sie es hätten sollen, soferne sie Gläubiger des missus sind, die Verfolgung ihrer Rechte gegen den missus verweigert werden (D. 39, 2, 15, 24). Wenn der Prätor die Leistung eines Kalumnieneides für angezeigt hält und dieser wird verweigert, so erfolgt denegatio (D. 12, 2, 37). Denegationen zum Zwecke der Erzwingung von Kautionsleistungen finden sich weiter in D. 5, 3, 43; D. 32, 19; D. 35, 3, 1, 7 („non

aliter ... actionem dari debere ... quam si cautum fuerit"). Hier ist auch an die Fälle zu erinnern, wo eine Klage nur innerhalb bestimmter Frist gegeben wird. Damit wird natürlich auch bezweckt, den Kläger zu einem ordnungsmäßigen Vorgehen innerhalb bestimmter Zeit zu veranlassen (z. B. D. 33, 5, 6, 8); wenn dem nichtdefendierenden procurator die actio verweigert wird (D. 3, 3, 43, 4: „poena"), so ist damit der Zweck verfolgt, daß derlei Fälle in iure möglichst vermieden werden sollen. Von großem Interesse ist endlich die denegatio actionis im Rechte der Ausgleichung. Das Institut der collatio bonorum hat der Prätor eben so eingeführt, daß er dem Kollationspflichtigen mit Hilfe des Denegationsrechtes nicht eher die Klage auf das Hinterlassene gewährte, als bis dieser den Miterben Sicherheit leistete oder zuvor das Vorempfangene in die Masse einwarf (D. 36, 3, 5, 1; D. 37, 6, 1, 9—13; 2, 8; Cod. 6, 20, 11—14). Deutlichen Zwangscharakter zeigen auch die oben unter III, 3, b erörterten Fälle.

§ 6.

Die Denegation der Judikatsklage insbesondere.

Ist es zu einem iudicium gekommen und ist die sententia des iudex ergangen, so kommt letzten Endes der Kläger immer erst dann zu seinem Recht, wenn ihm der Prätor die actio iudicati nicht denegiert. Hier zeigt sich ganz besonders die große praktische Bedeutung dieses prätorischen Rechtes, wenn man bedenkt, daß bei jeder Klage, die in iudicio zum Erfolg geführt hat, wieder in iure bei Einleitung des Zwangsvollstreckungsverfahrens durch prätorische denegatio actionis eingegriffen werden konnte. Die uns hier überlieferten Denegationsfälle lassen sich folgendermaßen einteilen:

1. Denegation der Judikatsklage wegen Mangel des Judikats: Es ist selbstverständlich, daß der Magistrat die Judikatsklage dann denegieren mußte, wenn das Fundament dieser Klage, das Urteil, vom Kläger nicht nachgewiesen werden kann, oder wenn es ein nichtiges Urteil ist (sententia non iure praelata: D. 49, 1, 19), oder wenn der Kläger zwar ein Urteil erbrachte, dieses aber nicht ihn als Kläger oder nicht den Gegner als Beklagten legitimierte[47].

[47] Wenger, a. a. O. S. 18, 140 ff.

2. Vertretermängel: Die denegatio actionis iudicati findet sich hier, um das Judikat gegen denjenigen zu exequieren, der nach der ökonomischen Sachlage der Besiegte ist. Der Prätor sorgt so für eine Durchführung des Judikates für und gegen die materiell am ersten Urteil Beteiligten[48]. So wird, wenn sich der cognitor des Beklagten weigert, den Judikatsprozeß zu übernehmen, gegen ihn die Judikatsklage denegiert (D. 42, 1, 4 pr., 1). Ist der cognitor des Klägers nicht cognitor in rem suam, wird ihm die Judikatsklage denegiert, dem dominus wird sie gegeben (D. 3, 3, 61; Vat. fr. 317). Umgekehrt kann ein procurator praesentis auch im eigenen Namen die Judikatsklage anstellen. Sie wird auch gegen ihn gegeben (Vat. fr. 331, 332; s. a. D. 3, 3, 28). Dem cognitor ist gleichgestellt der klagende Vertreter einer universitas (D. 3, 4, 6, 3).
3. Denegation der Judikatsklage auf Grund besonderer Würdigung des Rechtsverhältnisses unter den Litiganten:
   a) Die Judikatsklage wird denegiert, wenn der Kläger oder der Beklagte nicht zur Klage legitimiert sind, so D. 2, 11, 15 (s. a. oben § 5 II B, 6, b). Den gegenteiligen Fall während der Tutel behandelt D. 26, 7, 2 pr. Der gleiche Grundsatz spricht aus D. 26, 9, 5 pr., wonach bei Beendigung der cura die Judikatsklage gegen den curator nicht gegeben wird.
   b) Die Judikatsklage wird nach Lage des Falles demjenigen gegeben, dessen Person nach der konkreten Rechtslage die größere Berücksichtigung verdient. So erhält sie der, qui prior ad sententiam venit, den späteren aus dem gleichen Sachverhalt Klagenden wird sie versagt (D. 9, 4, 14 pr.). Hier sind auch die Fälle in D. 24, 3, 31, 2; D. 33, 4, 7, 2; D. 40, 12, 24, 4; D. 42, 1, 44 zu erwähnen (actionem iudicati ... potius ... dandam ...)[49].
4. Endlich findet sich denegatio actionis iudicati mit Rücksicht auf die persönliche Lage des Judikatschuldners. Ist dieser nämlich krank oder in Staatsgeschäften abwesend, so ist die Judikatsklage gegen ihn nicht zu geben und von Vollstreckungsmaßregeln ist abzusehen (D. 5, 1, 75).

[48] Wenger, a. a. O. S. 180, 186 ff.

[49] Bei Wenger a. a. O. S. 216 ff. näher erläutert.

Dies sind natürlich nicht die einzigen Möglichkeiten, wo eine Denegation der Judikatsklage stattfinden konnte, sondern nur einzelne Fälle. Man denke besonders an alle jene Fälle, wo der Beklagte im Judikatsprozeß eine exceptio, z. B. die exceptio doli, iurisiurandi, S. C. Vellaeani etc.[50] vorbringen konnte, wenn diese in iure liquid waren.

§ 7.

Das Denegationsrecht außerhalb des Formularverfahrens.

Auch außerhalb des Formularverfahrens findet sich das Denegationsrecht in weitem Umfange, hier einfach als abschlägiger Bescheid des Jurisdiktionsmagistrates gegenüber einem Petenten. So besonders:

a) in der freiwilligen Gerichtsbarkeit: Hier treffen wir häufig ein Verweigern der bonorum possessio an. Die Fälle, in welchen hier dem Agnoszierenden nicht gewillfahrt wird, beruhen auf den gleichen Grundgedanken, wie wir sie oben bei der denegatio actionis im engeren Sinne festgestellt haben. So ist es natürlich, daß derjenige, der überhaupt nicht zur bonorum possessio legitimiert ist, repelliert wird (Gai. II, 125); ebenso wird der, welcher ein Testament einmal auf irgend eine Weise anerkannt hat, von der bonorum possessio contra tabulas zurückgewiesen (D. 37, 4, 3, 15, 16, l. 10 § 3 h. t.). Analog beim Patron hinsichtlich der Erbschaft des libertus: D. 38, 2, 8, 2, 3; 19, 1; 50pr. Wer die debita pars erhält, kann nicht contra tabulas agnoszieren (D. 38, 2, 44, 1, 2). Schon eine Weiterbildung des prätorischen Erbrechtes enthalten D. 28, 5, 84; D. 37, 4, 20, 1; D. 38, 2, 37, 1; D. 42, 6, 1, 15. D. 37, 1, 13 enthält Fälle, wo das Edikt selbst schon Verweigerung der bonorum possessio in Aussicht stellt. In D. 37, 10, 10 ist die Verweigerung der bonorum possessio ex Carboniano edicto die Folge eines deferierten Eides; die Fälle in D. 37, 4, 11; 18pr. betreffen Bedingungen, nach deren Ausfall oder vor deren Eintritt die bonorum possessio denegiert wird. In D. 37, 1, 13, D. 37, 12, 5 und D. 38, 2, 14pr., 48 ist die Denegation eine prätorische Strafe wegen Verhaltens des Agnoszierenden.

---

[50] Wenger, a. a. O. S. 74 ff.

Bei den Fällen der Denegation der bonorum possessio ist zu beachten, daß sie auf eine denegatio actionis im gewöhnlichen Sinne hinauslaufen können. Denn wenn derjenige, der sich nach dem Edikt für den berufenen heres hält, den Beklagten in ius voziert, um unter der Behauptung der bonorum possessio gegen ihn zu klagen, so kann die nun ausgesprochene Verweigerung der bonorum possessio einer denegatio actionis gleichkommen.

Eine Ausgestaltung der Grundsätze des Patronatsrechtes ist es, wenn D. 26, 10, 3, 1 bestimmt, daß liberti ihren Patron nicht als suspekt anklagen dürfen. Eine denegatio der proclamatio ad libertatem findet sich bei Gesetzesauslegung in D. 40, 13, 1, 3, 4 des öfteren.

b) auch bei der querella inofficiosi testamenti kommen Denegationsfälle vor. Es handelt sich aber hier nicht um eine eigentliche denegatio actionis im gewöhnlichen Sinne, weil sich das spätere Verfahren, wie wir wissen, nicht vor dem mit der Formel angewiesenen iudex, sondern vor den Centumviri abspielte[51]. D. 5, 2, 8, 15 behandelt einen Fall der denegatio actionis, der sich aus dem Sinne des Ediktes ergibt; jener in l. 12pr. h. t. ist die Folge einer Rechtsfortbildung in dem Sinne, daß derjenige, welcher das Edikt fraudulento consilio umgehen will, repelliert wird; l. 31 § 3, 4, l. 32 h. t. behandeln Fälle, wo derjenige, der auf irgend eine Weise das Testament anerkannt hat, sei es auch nur dadurch, daß er einem, der auf Grund des Testamentes einen Erwerb geltend machte, Beistand leistete, von der Querel zurückgewiesen wird.

c) endlich werden bei der petitio fideicommissi, die bekanntlich nicht per formulam erfolgt, Denegationsfälle erwähnt. D. 32, 41, 11, D. 36, 1, 57, 3; 59, 1, D. 36, 4, 11pr. betreffen allgemeine Rechtsfortbildung, die zweitgenannte Stelle zeigt auch die Durchführung des iudicium defuncti. Auch hier findet sich das Denegationsrecht als prätorisches Zwangsmittel zur Leistung einer cautio oder zur Vorlage eines Beweismittels (D. 36, 3, 5, 1, 2).

[51] Sohm, Institutionen 1911 S. 743 Anm. 6.

§ 8.

Die Bedeutung der ediktalen Ankündigung der Klagendenegation und des Gewährens der actio unter Vorbehalt der causae cognitio.

Nachdem wir aus dem Vorhergehenden erfahren haben, wie unbeschränkt das Denegationsrecht gewesen ist und wie selbstverständlich es war, daß der Prätor von demselben nach Lage des Falles immer Gebrauch machen konnte, bedarf die Frage einer Berücksichtigung, warum er es dann noch für nötig hielt, in Edikten ein denegare actionem anzukündigen. Der Zweck wird wohl der gewesen sein, daß das Volk von vorneherein — wie bei den Senatsbeschlüssen dieser Art und beim Spieleredikt — darüber aufgeklärt war, was es in derartigen Fällen in iure zu erwarten hatte. Dies war dann nebenbei kein übles Mittel, den Prätor etwas zu entlasten. Denn jedenfalls blieb er in ganz glatten Fällen, wo sich jeder Laie, wenn er sich zum Zwecke der editio actionis das Album ansah, sagen konnte, was ihn treffen mußte, von einer Belästigung verschont. Da es fernerhin Regel ist, daß die denegatio actionis ohne vorherige Ankündigung einer besonderen Untersuchung des Falles (causa cognita) im Edikt erfolgte, wird man sich weiter fragen, was denn dieser Beisatz bedeuten wollte. Am wahrscheinlichsten ist, daß der Prätor diese Klausel immer dann ins Edikt aufnahm, wenn er alle die Tatbestände, auf welche sich das Edikt beziehen sollte, wegen ihrer im Rechtsleben ungemein wechselnden Umrisse nicht erschöpfend aufzählen konnte oder wollte, wie es z. B. bei den äußerst vielgestaltigen Arten einer „iniuria“ ganz unmöglich gewesen wäre (s. D. 47, 10, 15, 44). Der Beisatz „causa cognita“ hatte da besonders seine volle Berechtigung, wo auf den konkreten Fall, besonders auf persönliche Umstände und Verhältnisse der Streitsteile eingehend Rücksicht genommen werden sollte (z. B. D. 29, 2, 99; D. 45, 1, 97, 2). Es ist dies nichts als eine Begleiterscheinung der großen Individualisierung des römischen Rechtes, die wir noch im nächsten Abschnitt kennen lernen werden, des jeweils besonderen Rechtsuchens für einen bestimmten Sachverhalt.

§ 9.

Das Prinzip der denegatio actionis.

Die im vorigen aufgeführten Denegationsfälle stellen natürlich keine abschließende Reihe dar; es kann keine Rede davon sein,

daß der Prätor nur hier habe denegieren können. Diese Fälle haben aber das gemeinsam, daß sie die erfolgende denegatio direkt erwähnen oder ihren Eintritt als sicher annehmen lassen. Es gibt jedoch noch eine große Fülle anderer Fälle, fast auf jeder Digestenseite, wo die Juristen erörtern, daß hier eine bestimmte Klage dem Kläger nicht zustehe (z. B. D. 17, 1, 40; D. 19, 5, 1; D. 24, 2, 11 pr.). Auch solche Fälle in die Praxis umgesetzt führen natürlich zur denegatio actionis.

Die vorstehende Übersicht über die Denegationsfälle setzt uns nun in den Stand, das Prinzip des Denegationsrechtes zu erforschen. Wir treffen da Fälle, in denen die denegatio den Zweck hat, den Prozeß ordnungsmäßig in Gang zu bringen und abzuwickeln, ferner solche, in denen sie eine materiell richtige Entscheidung nach dem bestehenden anerkannten Rechte zu treffen bezweckt, aber auch solche, in denen sie neues Recht durchsetzen hilft, solche, in welchen der Kläger durch sie zu gewissen Handlungen gezwungen, für ein gewisses Verhalten bestraft wird, eben um das prätorische Recht zur Durchführung zu bringen. Es kann nun gar kein Zweifel sein, daß es sich um keinen Gewaltakt des Prätors handelt, wenn er denegiert, sondern, wenn er dies tut, geschieht es in Erfüllung und als Ausfluß seiner ordentlichen Jurisdiktionspflicht. Das denegare actionem wird daher in D. 4, 6, 26, 4 als „ius dicere“ bezeichnet. Es ist also das durch den Denegationsbescheid Erreichte „ius“; ganz zweifellos dann, wenn der Prätor dabei auf die materielle Prüfung der Sache eingegangen ist. Daß der Prätor dann, wenn er vor Prüfung des status causae den Kläger zurückweist, weil es z. B. an den Prozeßvoraussetzungen mangelt, „ius dicit“, kann man nur in dem Sinne gelten lassen, daß dieser sein Bescheid eben als amtliche Erklärung „in iure“ erfloß. Diese Einschränkung ist deshalb notwendig, weil sich aus D. 4, 6, 26, 4 nur ergibt, daß das denegare actionem ein „ius dicere“ dann ist, wenn der Prätor „causa cognita“ denegierte, also, wenn er eine Sachentscheidung getroffen hat. Dies muß aber kein ius dicere im Bekkerschen Sinne sein. Bekker[52] unterscheidet zwischen Verweigern des ius dicere und des iudicium dare. Einer Verweigerung des ius dicere in diesem Sinn, der formellen Erklärung des Prätors, er stehe den Parteien zur Verfügung, kann sicherlich der Denegationsbescheid in einigen Fällen gleichkommen, so z. B.

[52] Z. Sav. St. 27 S. 10, 44.

wenn ein dem Prätor bekannter Postulationsunfähiger am Agieren gehindert wird. Allein eine genaue Unterscheidung läßt sich hier nicht durchführen; denn solche Mängel können sich auch erst nach dem formellen Eröffnungsakt herausstellen, so daß dann erst der Denegationsbescheid erfolgt (s. oben § 4). Diese Unterscheidung kann ferner deswegen nicht weiter durchgeführt werden, weil wir nicht feststellen können, ob schon ein „ius dicere“ im Bekkerschen Sinne vorliegt, wenn der Prätor den Kläger oder den Beklagten vorerst nur zur Person hört. Je nachdem können z. B. eine Reihe von Denegationsfällen wegen Postulationsunfähigkeit eine Verweigerung bald des ius dicendum, bald des iudicium dandum sein.

Die große Fülle der Denegationsfälle führt uns mitten in die Rechtsbildung und Rechtsausgestaltung hinein. Als prätorisches Rechtsinstitut dient die denegatio actionis dazu, prätorisches Recht als freieres, zweckmäßigeres Recht ein- und durchzuführen. Es handelt sich um Anpassung jedes einzelnen Falles an das aequum et bonum, das ius naturale. Das zeigen uns deutlich die Fälle, wo die Klagenverweigerung deswegen erfolgt, weil die Gewährung dem Geist eines Ediktes entgegenstehen würde. Denn das Edikt ist ja ein Produkt des ius naturale. Bei den Römern war der Gegensatz zwischen Recht und Nichtrecht, wie Bekker[53] treffend ausführt, viel weniger schroff als bei uns. Man konnte sich auf die aequitas stützen, denn im römischen Prozeßverfahren ist, wie auch Schultze[54] dartut, nicht etwa ein individueller Tatbestand einem ein für allemal gebotenen Recht einfach zu subsummieren, sondern für jeden einzelnen Tatbestand ist das Recht erst zu gebieten, für ihn das Recht erst zu schaffen. Es kommt immer auf die Überzeugung des Prätors an; irgend ein Prätor mag den Anspruch geschützt haben, ein anderer nicht. Der fortschreitenden Volksüberzeugung selbst wider klares Recht Geltung zu schaffen war eine der Haupttätigkeiten des Prätors[55], bei der er gerade der fortgeschrittenen Überzeugung und dem billigen Ermessen durch denegatio actionis Rechnung trug[56]. Die Juristen, unter

[53] Aktionen II S. 7, 245.

[54] Priv.-R. u. Prozeß S. 411.

[55] Bekker, a. a. O.

[56] Demelius in Grünh. Z. 1884 S. 735; s. a. Roby, Roman Private law, Bd. 2 S. 350 „... the praetor was free ... to refuse the particular issue demanded, if the circumstances made it unfair or inapplicable“.

deren Assistenz, wie wir wissen (s. a. D. 4, 2, 9, 3), der Prätor häufig seine Verhandlungen in iure pflog, werden nach Kräften mitgewirkt haben, dem „ius naturale", das seinen Edikten in fast allen Fällen zugrundeliegt (s. z. B. D. 2, 2, 1pr.; D. 37, 5, 1pr.; D. 37, 8, 1, 1 ... hoc edictum summam habet aequitatem), zum Siege zu verhelfen. Die Ausgestaltung dieses ius naturale, das dem ius strictum gegenübergestellt wird, erfolgt im Aktionensystem ebenso durch die denegatio actionis wie durch die exceptio. Werfen wir einen kurzen Rückblick auf die Denegationsfälle, in welchen nicht die Rücksicht auf ein formell richtiges Verfahren oder auf das Nichtbestehen eines im Recht bereits fest anerkannten Rechtsanspruches Denegationsgrund ist, so sehen wir: Denegation, wenn Kläger das statuierte prätorische Recht verletzt hat, wenn es die Rücksicht auf die Person des Beklagten verbietet, wenn der Prätor seine Grundsätze durchführen will, wenn der Kläger dolos vorgeht oder den Rechtsschutz wegen persönlicher Unwürdigkeit nicht verdient, wenn Kläger mit der Judikatsklage den der ökonomischen Sachlage fernestehenden Vertreter angreifen will.

In allen diesen Fällen ist die Rücksicht auf die *aequitas* der innerste Grund. Man beachte u. a. folgende Stellen:

D. 50, 12, 3, 1: ... repellendus est a petitione ... aequissimum est ... non revocari.

D. 46, 7, 16: ... non debet ... dari iudicium; neque enim aequum est.

D. 47, 10, 7, 1: ... rectius ... fecerit (praetor) ... si ... actionem non dederit.

D. 34, 9, 9 ... magis est ... ut peti non possit. Ähnlich auch

D. 38, 13, 1 ... aequum est ... actiones ei denegari.

Auch das S. C. Vellaeanum hat im Text ausdrücklich (D. 16, 1, 2, 1) ... neve actio detur ... cum non sit aequum; s. a. D. 36, 1, 1, 2 beim S. C. Trebellianum.

So erhellt, daß die Durchführung des aequum et bonum gegenüber dem ius strictum nicht nur Zweck der exceptio, sondern ebenso — wie wir später sehen werden — der älteren denegatio actionis gewesen ist. Dieses Streben, ius aequare facto (s. bes. D. 16, 3, 31, 1; D. 28, 5, 85pr., D. 44, 7, 5pr.) zieht sich durch das ganze römische Recht; der Prätor als Inhaber der Jurisdiktion muß der aequitas im Prozeß bei der Rechtsausgestaltung noch viel mehr als im Edikt bei der Rechtsformulierung zum Siege verhelfen. Wie diese Rechtsausgestaltung auch späterhin gewürdigt wurde,

zeigt uns Cod. 3, 1, 8, wo die aequitas über das ius strictum gestellt wird. So ist das Prinzip des denegare actionem das gleiche, wie das des dare actionem und das der exceptio im engeren Sinn. In allen Fällen wird dem Kläger bezw. dem Beklagten vom Jurisdiktionsmagistrat dem bonum et aequum entsprechend geholfen. Daß das dare und denegare actionem dem gleichen Zwecke dienen, ist selbstverständlich, denn beide Arten des ius dicere sind, wie Bekker[57] treffend bemerkt, nichts anderes als Front und Kehrseite desselben Rechtes. Dies zeigen uns auch nachstehende Quellen deutlich genug:

D. 37, 5, 3, 6 ... aequissimum erit ... praetorem non debere denegare.
D. 40, 12, 14 ... rectissime ... (praetor) ... dedit actionem.
D. 4, 2, 17 ... melius est ... competere actionem; D. 4, 3, 7, 6 ... et placuit ... mihi dari debere (actionem); D. 3, 5, 20 pr. ... aequum esse praetorem in eum reddere iudicium; s. a. D. 17, 1, 45, 5; D. 27, 8, 6, 7.
D. 9, 3, 5, 2: ... oportebit praetorem aequitate motum ... potius dare actionem; ähnlich D. 14, 5, 2, 1; D. 39, 3, 2, 5; D. 47, 10, 17, 18.

Den unmittelbaren Zusammenhang des dare und denegare actionem beleuchten uns eine Reihe von Digestenstellen. Das dare actionem ist nichts anderes als ein non denegare (s. D. 40, 12, 17). Die Frage, ob actio danda, ist in einer Reihe von Fällen das Ergebnis einer genau so minutiösen Rechtsauslegung bezw. Rechtsfortbildung, mit der sich Edikte, Konstitutionen, Responsen ebenso befassen wie mit der denegatio actionis. Es mag hier beispielsweise auf Stellen wie D. 2, 14, 7, 2, D. 3, 5, 9 pr.; 33; D. 4, 4, 25 pr.; D. 6, 1, 43; D. 7, 1, 56; D. 9, 3, 5, 12; D. 12, 6, 2, 1; D. 13, 6, 3 pr.; D. 15, 3, 20, 21; D. 19, 5, 1, 2; 16; D. 26, 9, 8; D. 27, 8, 1, 8; 6; D. 39, 3, 22; D. 42, 1, 44; 64; Coll. XII, 7, 8 verwiesen werden. Man vergleiche auch die Responsen in D. 15, 4, 1, 9, D. 24, 3, 45 i. f., D. 36, 3, 18, 2 (actionem ... potius dandam) und das Reskript des Pius in D. 23, 2, 58: ... rescriptum est ... ad exemplum praetoris edicti dandam actionem; ähnlich auch D. 29, 4, 2 pr.

Hinsichtlich der exceptio ist uns ja bekannt, daß sie mit Rücksicht auf die aequitas aufgekommen ist (s. a. D. 50, 17, 66). Aber der aequitas diente zuvor schon die denegatio actionis. Auch

[57] Z. Sav. St. 24 S. 370.

die exceptio kann, wenn ihre Gewährung dem allgemeinen Rechtsempfinden widersprechen würde, denegiert werden[58]. Auch bei ihr findet sich ein „ex causa dare“ (D. 43, 13, 1, 6). Treffend bemerkt auch Bekker[59], die prätorischen Formelveränderungen stünden im Dienste des materiellen Rechtes; das Bedürfnis, das Recht mit der aequitas in besseren Einklang zu bringen, habe Exceptionen, Replikationen, Duplikationen etc. ins Leben gerufen. Wir dürfen hinzufügen: ehe die aequitas auf die Formel selbst einwirkte, wurde sie schon wirksam im Denegationsbescheid und blieb es später neben den ihr dienenden Formelbestandteilen. Die denegatio ist, materiellrechtlich betrachtet, wie wir noch sehen werden, nichts anderes als die exceptio im weiteren, ursprünglichen Sinn.

Die Tatsache nun, daß die denegatio actionis auch mit den Zweck erfüllt, den Prozeß richtig in Gang zu bringen und gewisse prozessuale Grundsätze durchzuführen, darf uns nicht dazu führen, das Prinzip der denegatio actionis irgendwo anders suchen zu wollen. Denn der Wille, einen Kläger, dessen Klagebegehren gegen das bonum et aequum verstößt, nicht zum Judizium zuzulassen, entspricht einem natürlichen Rechtsgefühl, das sich wohl zu äußern vermag, ohne daß das Verständnis für bestimmte Prozeßmängel schon voll entwickelt zu sein braucht. Der Zweck eines Rechtsganges ist ja zunächst der, daß man dem Kläger helfen will, das wie ist dabei sekundär. Man kann sich ein Zuhilfekommen gegenüber dem Kläger durch die Obrigkeit schon ohne ein bereits fest umrissenes Verfahrenssystem, das in allen Einzelheiten klar ist, recht gut vorstellen. Die denegatio actionis hat höchstwahrscheinlich einen materiell rechtlichen Entstehungsgrund und die spätere Anwendung des Denegationsrechtes aus formellen Gründen durch den Prätor sagt wohl nur, daß er nun einfach dieses Recht auch in einer Reihe von anderen Fällen anwendete, wo er eben dessen Wirkung für zweckmäßig erkannte. Nachdem der Prätor einen bestimmten ordo iudiciorum privatorum zur Regel gemacht, übt er sein Imperium auch nach der Richtung aus, daß dieser ordo gewahrt werde. Da war eben sein Denegationsrecht das nächstliegende Mittel. Wie er bei materieller Sachprüfung eine Aktion nicht eher gibt, als bis der Kläger bestimmte

[58] s. die Fälle der denegatio exceptionis bei Schott I S. 21.

[59] Aktionen II S. 25.

Voraussetzungen erfüllt hat (s. oben § 5 III, 3, e), so gewährt er hier ohne solche dem Kläger den Rechtsschutz solange nicht, als bis er sich seinen Anordnungen über das Verfahren anbequemt. Dafür, daß der Ausgangspunkt des Denegationsrechtes auf materiellem und nicht auf prozessualem Gebiete liegt, dürfte auch weiter die Tatsache sprechen, daß sich ein „denegare actionem" bei formalen Verfahrensmängeln sehr wenig findet, so bei Zuständigkeitsfragen und bei Fragen der Postulationsunfähigkeit überhaupt nicht. Das beweist natürlich nicht, daß hier ein Denegationsbescheid nicht erfolgte, aber es beweist wohl im Verein mit der großen Masse der Denegationsfälle und obigen Erwägungen, daß von denegare actionem im eigentlichen Sinne nur in jenen Fällen gesprochen wurde, bei denen es zu einer materiell rechtlichen Untersuchung kam.

Gerade die meisten materiell rechtlichen Denegationsfälle sind von den Juristen konstruiert, die dabei das Recht fortbilden und nach der aequitas ausgestalten. Denn sie haben sich ja den Satz zu eigen gemacht (D. 50, 17, 90): „in omnibus quidem, maxime tamen in iure, aequitas spectanda est"; s. a. D. 50, 17, 85, 2: „quotiens aequitatem desiderii naturalis ratio aut dubitatio iuris moratur, iustis decretis res temperanda est." Gerade das minutiöse Anpassen jedes einzelnen Falles an die aequitas[60] bringt es mit sich, daß man von vorneherein noch nicht formulieren will, daß die actio für gewisse Fälle zu geben oder zu verweigern sei. Damit hängt auch die Bedeutung des „causa cognita dare actionem" (s. oben § 8) zusammen; die causae cognitio kann entweder schon im Edikt angekündigt sein (z. B. D. 29, 2, 99) oder sie geschieht ohne vorherige Inaussichtstellung, weil sie eben im Einzelfalle billig ist (D. 45, 1, 97, 2). Demselben Grundgedanken entspricht das Abwägen von Fall zu Fall, das „temperare" (z. B. D. 50, 17, 85, 2, D. 3, 3, 13 ... nec passim admittenda neque destricte deneganda, sed a praetore causa cognita temperanda). Besonders deutlich illustriert dieses Prinzip D. 44, 7, 61, 1: „... respondit ex personis causisque eum, cuius notio sit, aestimaturum an actio danda sit." Sehr treffend nennt daher D. 29, 2, 69 die denegatio ein „remedium praetoris". Wenn einige Digestenstellen von „iure publico denegare" (D. 35, 2, 15, 1) oder „officium praetoris... denegare" (D. 45, 1, 27 pr.) sprechen, so ist dies stets mit Rücksicht auf bestimmte Tatbestände

[60] Bekker, Aktionen II S. 215; Schultze, a. a. O. S. 410 ff.

gesagt. Der Prätor hat eben als Inhaber der Jurisdiktion Iniquitäten im Rechtsverkehr nach Möglichkeit zu verhindern; es ist sein officium, hier gegebenenfalls durch denegatio actionis zu Hilfe zu kommen. Bei diesem Suchen nach der aequitas, dem jeweils zweckentsprechendsten Recht, können sich auch Zweifel ergeben. So finden wir z. B. in D. 30, 87 „... durissima sententia... denegandam"; D. 32, 19: „... negandam... Nerva et Atilicinus recte putaverunt"; s. a. D. 37, 12, 5; in D. 38, 2, 50, 2 tritt uns die Frage entgegen „praetor numquid denegare debeat?"; in D. 5, 1, 24 respondiert Cassius kasuistisch über einen Denegationsfall, während Julian meint „... sine distinctione denegandam actionem". Das Gleiche begegnet uns beim dare actionem, beim Suchen nach der richtigen actio. Auch hier kommen oft die Juristen zu verschiedenen Ergebnissen, z. B. in D. 2, 14, 7, 2. Bei diesem innersten Zusammenhang zwischen dare und denegare actionem begreift sich ohne weiteres, daß eine vorherige Ankündigung der denegatio im Edikt nicht notwendig war; war dies doch auch für ein dare actionem nicht Voraussetzung. Ebenso erklärt sich die oben festgestellte Unbeschränktheit des Denegationsrechtes. Man kann eine rein prozessuale Bedeutung des Denegationsrechtes einfach nicht anerkennen, denn die Römer gingen, wie wir oben gesehen haben, vom materiellen Recht aus. Man kann dagegen schwerlich mit dem Hinweis operieren, daß ja nach dem Ausgeführten die denegatio actionis in einer Reihe von Fällen von prozessualen Voraussetzungen abhing. Der Entwicklungsgang scheint gerade umgekehrt: die Denegation nimmt vermutlich von der materiellen Rechtsausgestaltung ihren Ausgang (s. o. § 5 III). Haben sich gewisse Rechtsgrundsätze kristallisiert (s. o. § 5 II), so scheint Platz für eine prozessuale Verwendung des Denegationsrechtes, das schließlich dazu verwendet werden kann, ein gewisses Verfahrenssystem aufrecht zu erhalten und durchzuführen (§ 5 I). Kaum zuzustimmen ist daher der Ansicht Schott's, der bezüglich der denegatio actionis eine scharfe Grenze zwischen ihrer prozessualen und materiell rechtlichen Seite aufzurichten sucht[61] und gerade da, wo das Äquitätsprinzip sehr deutlich zutage tritt, eine „prozeßtechnische Bedeutung" der denegatio actionis in Abrede stellt und nicht recht weiß, was er mit diesen Fällen anfangen soll[62]. Daher ist wohl auch die Schott'sche Ansicht schief, die

[61] Schott I S. 22 ff., II S. 20—24.

[62] Schott I S. 75, 76, 98.

Römer hätten dieses Institut in ihren Prozeß „aufgenommen", „eingeführt"[63]. Was von dem von Schott entdeckten Prinzip der denegatio actionis, das er in dem „officium praetoris lites diminuere" der l. 21 D. 12, 1 gefunden haben will, zu halten ist, wird unten in § 17 zu erörtern sein. Es mag hier noch auf eines hingewiesen werden: Wenn für einen Tatbestand das konkrete Recht ex aequitate geschaffen werden sollte, dann war dafür in iure der zweckmäßige Platz. Hier konnte der Prätor mit Hilfe der Juristen durch genaue Untersuchung des Falles die wesentlichen Momente herausschälen. Denn wir müssen dann, wenn die Formelerteilung eine gewissenhafte war und der iudex auf alle Punkte hingewiesen wurde, worauf es ankam, annehmen, daß dem Prätor die Gewährung einer für den Fall genau passenden Formel nicht mindere Schwierigkeiten gemacht haben wird, wie eine umfangreichere Untersuchung nach der Seite, ob denegatio rätlich sei oder nicht. Wir haben also jedenfalls die viel vertretene Ansicht, ein dare cum exceptione sei für den Prätor im Interesse der Geschäftsvereinfachung gelegen, etwas einzuschränken.

Das Prinzip, die Aktion bei Iniquität derselben zu denegieren, tritt uns auch bei der condictio im besonderen entgegen. Hier finden wir die gleichen Grundsätze; s. D. 12, 4, 3, 7: „... Celsum patrem ... existimasse repetere eum non posse, sed ipse Celsus naturali aequitate motus putat repeti posse." Die Untersuchungen von Koschembahr-Lyskowski's[64] über die condictio haben dargetan, daß die Rückforderung überall dann ausgeschlossen ist, wo die fides, das Gebahren ehrbarer Leute entgegensteht. Was von Lyskowski als „fideswidrig" bezeichnet, ist das Äquitätsprinzip, speziell auf die Condictio bezogen. So wird beispielsweise die Condictio versagt, wenn beide Seiten unmoralisch gehandelt haben[65]; überhaupt ist eine eingehende Rücksichtnahme auf alle Umstände auch hier Grundsatz. Eine Ausgestaltung der condictio indebiti finden wir z. B. in D. 5, 2, 21, 1. Wenn auch in einigen dieser Fälle die Art der Entscheidung durch die römischen Juristen unserem modernen Billigkeitsgefühl nicht entspricht, so darf uns das nicht irremachen, weil sie eben dem römischen entsprach[66].

[63] Schott I S. 145; II S. 28.
[64] die Condictio Bd. I S. 80 ff., 200, 219 ff.
[65] a. a. O. S. 80 ff.
[66] a. a. O. S. 200.

Nachdem wir uns über das Prinzip des Denegationsrechtes klar geworden, wird es ohne weiteres einleuchten, warum dasselbe nicht auf den reinen Formularprozeß beschränkt sein konnte, sondern auch außerhalb desselben eine wichtige Rolle spielte (s. o. § 7).

Nach alledem war dem Prätor mit dem Denegationsrecht eine große Machtvollkommenheit übertragen. Da sich eine Beschränkung hinsichtlich des dare actionem nicht findet, kann beim Zusammenhang desselben mit dem Denegationsrecht das letztere auch nicht beschränkt gewesen sein. Die Schranke lag lediglich im eigenen pflichtgemäßen Ermessen des Jurisdiktionsmagistrates, der durch die Öffentlichkeit der Verhandlungen jederzeit kontrolliert wurde, und in den Schutzmitteln gegen Mißbrauch des prätorischen Imperiums überhaupt. Das Denegationsrecht diente dem Prätor mit zu dem Zweck, sein Recht immer mehr zu entwickeln, auszugestalten und demselben zwangsweise Geltung zu verschaffen. Dations- und Denegationsrecht mußten dem Prätor gegenüber den Grundsätzen des starren ius civile und dem Legisaktionenverfahren zustehen, um sein ius honorarium als ius aequum einzuführen und zu erzwingen. Daneben verwendete er das Denegationsrecht zur Aufrechterhaltung bestimmter Regeln des Prozeßverfahrens.

Während heutzutage die Tendenz sehr vieler Gesetze ist, möglichst kasuistisch jeden nur denkbaren Fall in Erwägung zu ziehen, und für ihn ein Recht, das natürlich der Billigkeit entsprechen soll, zu statuieren, war es bei den Römern in der klassischen Zeit wesentlich anders. Die Grundregeln des Rechtes waren in markigen Volksgesetzen und Senatsbeschlüssen kurz gegeben; das prätorische Edikt brachte zwar viele Neuerungen, allein es machte selten in seinem Wortlaute eingehende Nuancierungen, sondern versprach meist, wenn es an solche dachte, ein iudicium „causa cognita“. Bei den Römern soll der konkrete Fall stets für sich selbst beurteilt werden; bestehende gesetzliche Vorschriften geben für denselben nicht einen festen Rahmen, sondern nur einen Grundsatz. Die Tätigkeit der klassischen Juristen läuft darauf hinaus, in Anlehnung an die wenigen vorhandenen positiven Rechtsnormen unter deren Ergänzung und Ausgestaltung ein bestimmtes Recht im Einzelfall erst zu schaffen und zwar unter Berücksichtigung des Zweckes der betreffenden Grundsätze ex aequitate, so daß die — vom Prätor stark beeinflußte — Volksüberzeugung das Kriterium für die Frage, ob eine

actio zu geben oder zu verweigern sei, blieb[67]. Beim Suchen nach dieser aequitas sind dem Prätor in der Prinzipatszeit die Juristen in hervorragender Weise zur Seite gestanden, deren Bedeutung seit dem Hadrianischen Edikt erst besonders zunehmen mußte. Denn jetzt konnte eine gewohnheitsrechtliche Fortbildung des Rechtes nicht mehr in dem gleichen Maße wie früher von Bedeutung sein; für die Interpretation und Weiterbildung kommen nun die Juristen in erster Linie in Betracht[68]. So erreichten denn die Römer den gleichen Zweck wie mit der späteren exceptio[69] schon z. T. durch das Institut der denegatio actionis. Sie waren so imstande, ohne von dem formell verbindlichen Charakter des positiven Rechtes etwas aufzugeben, dasselbe zu ergänzen und bis ins Detail jedem konkreten Lebensverhältnisse anzupassen. So konnte das römische Recht die gewaltige Bedeutung erlangen, welche es für alle Zeiten bewahren wird, als ungemein praktisches, jedem Lebensverhältnis Rechnung tragendes Vernunftrecht[70].

§ 10.

Das Verhältnis der denegatio actionis zur exceptio.

Wir haben oben gesehen, daß denegatio und exceptio in vielen Fällen nebeneinander vorkommen, so in D. 29, 6, 1, 2, wo denegatio an Stelle der exceptio doli steht, oder in D. 12, 2, 9 pr., D. 9, 4, 21, 6 u. a. Es fragt sich nun, ob dies ganz regellos geschieht oder ob System bei der Sache gewesen ist, wenn der Prätor bald dieser bald jener Art den Vorzug gab. Die gewöhnliche Ansicht, die Liquidität der Einrede habe den Ausschlag gegeben[71], läßt sich nach den Quellen wohl begründen. D. 12, 2, 9 pr. sagt deutlich „... denegatur actio: aut si controversis erit, id est, si ambigitur, an iusiurandum datum sit, exceptioni locus est“. Das gleiche in Paul. Sent. II, 1, 5: ... si ... actor necessitatem iurisiurandi remisit et hoc liquido appareat, actio ... non datur; ähnlich D. 3, 3, 40, 4: ... si forte evidens sit contra voluntatem

[67] Bekker, Aktionen II S. 7 ff., 13, 20, 245, 268 ff., insbes. 270 ff.; über das im römischen Volk weit verbreitete Interesse und Verständnis für Recht und Rechtspflege s. a. Bekker in Z. Sav. St. 33 S. 35.

[68] Bekker, Aktionen II S. 221.

[69] Kleinschrod, prozess. Konsumption S. 85.

[70] Kleinschrod, a. a. O. S. 28.

[71] s. insbes. Karlowa, R.-Gesch. Bd. 2 § 106.

eos experiri . . . debere eos repelli. Dieser Grundsatz gilt natürlich mit der Einschränkung, daß jedenfalls eine denegatio actionis dann nicht stattfinden konnte, wenn der Kläger gegenüber einer liquiden exceptio eine replicatio vorbringen konnte. Daß der Prätor in solchen Fällen auf Gewährung einer replicatio Bedacht nahm, ergibt sich deutlich aus D. 12, 2, 9, 5. Bald an die größere oder geringere Liquidität werden die römischen Juristen gedacht haben, wenn sie das „denegare actionem" mit „aut" dem Gewähren der exceptio gegenüberstellen, z. B. D. 4, 8, 21, 9; D. 12, 2, 9, 5. Bei strittiger Sachlage, welche eine Beweisaufnahme notwendig machte, wird also der Prätor den Rechtsstreit mit einer exceptio zum iudicium zugelassen haben, freilich verpflichtet war er dazu nicht; es stand ihm, wie sich aus D. 24, 3, 22, 6; 34 ergibt, in iure die umfassendste Sachprüfung selbst zu. Wohl wird aber, wenn die Juristen ein denegare in Erwägung zogen und von einer näheren Untersuchung abhängig machten, für den Prätor das Gewähren eines iudicium mit exceptio das häufigere gewesen sein. Man denke an die vorerwähnte Digestenstelle, wo umfangreiche Beweisaufnahmen in Frage kommen konnten. Es ist aber kaum anzunehmen, selbst nicht bei Berücksichtigung prätorischen Hilfspersonals, daß solche in iure die Regel bildeten.

Nun fragt es sich aber weiter, ob es nicht Fälle gab, wo der Prätor nicht anders als denegieren konnte, wo er nämlich mit einer Überweisung vor den iudex seinen Zweck nicht erreicht haben würde. Hier ist einmal klar, daß die wegen Nichtzustandekommens eines ordnungsmäßigen Streitverfahrens in iure erfolgenden Denegationen nicht durch exceptio ersetzt werden können. So meint m. a. auch Schott[72], daß mit praescriptio fori keineswegs gesagt sein will, daß man da schon an eine Formelerteilung denken müßte; bezüglich gewisser exceptiones werden wir auch noch sehen, daß hier der Begriff exceptio in einem besonderen, historischen Sinn gebraucht ist und keineswegs mit der in die gewährte Formel zu inserierenden exceptio im gewöhnlichen Sinn identisch ist. Aus der oben gegebenen Übersicht über die Denegationsfälle können wir weiter entnehmen, daß es Fälle genug gibt, wo auch bei formell einwandfreiem Verfahren der prätorische Amtsbescheid das einzig mögliche ist, das Verfahren befriedigend abzuschließen. Man beachte die oben geschilderten Fälle, wo denegatio actionis wegen

[72] Schott I S. 26.

Präjudizialgefahr erfolgte. Hier sollte ja ein Prozeß vermieden werden; das war der Zweck der denegatio; die Gewährung eines iudicium mit einer exceptio hätte da recht wenig Sinn gehabt. Man denke weiter an die Fälle, wo die denegatio actionis gerade dazu verwendet wurde, um von dem Kläger ein ganz bestimmtes Verhalten, eine bestimmte Leistung zu erzwingen. Das konnte wiederum nur allein durch Denegationsbescheid geschehen, mit der Gewährung eines iudicium mit exceptio wäre auch da nichts anzufangen gewesen; denn in solchen Fällen wären die iudices sonst durch den Ungehorsam der Kläger in Atem gehalten worden und dazu wäre infolge der Wirkung der Litiskontestation für den Kläger der Anspruch konsumiert gewesen. Daß das aber nicht im Sinn des Jurisdiktionsmagistrates gelegen sein konnte, liegt klar auf der Hand. Ähnlich ist es, wo die denegatio actionis Strafe für den Kläger ist; denn die Strafe sollte ja gerade darin bestehen, daß er ein iudicium nicht erhielt. Daß in solchen Fällen die denegatio actionis das einzige Mittel war, ist auch aus dem Sprachgebrauch einiger Quellenstellen mit Bestimmtheit zu folgern. So kann man immer da, wo von *„intervenire“* des Magistrates gegenüber einer actio die Rede ist, mit Sicherheit annehmen, daß er dem Hin und Her durch Denegationsbescheid ein Ende machte und nur durch diesen. Das ergibt sich deutlich aus D. 44, 1, 18 „... an deneganda sit. et ... putat intervenire praetorem debere nec permittere petitori, priusquam ... constet, huiusmodi iudiciis experiri.“ Das „proconsulem interventurum et ... negaturum“ in D. 9, 4, 27 pr. betrifft einen ganz ähnlichen Fall. Denn es soll hier der Denegationsbescheid ein Zwangsmittel gegenüber dem Kläger sein, die Defension zu übernehmen. Für die Erreichung dieses Zweckes ist aber ausschließlich die denegatio actionis das angezeigte Mittel.

Einer Aufklärung bedarf weiter die Frage, warum denn der Prätor, wenn er in Aussicht stellte, ein iudicium überhaupt nicht geben zu wollen, bezw. wenn ein Senatsbeschluß dies genau vorschrieb, entgegen dieser strikten Ankündigung oder Vorschrift doch zuweilen ein iudicium mit exceptio gewährt hat. Karlowa[73] meint, in einem solchen Falle (z. B. D. 44, 5: quarum rerum actio non datur, D. 36, 1, 1, 2 [Trebellianum], D. 16, 1, 2, 1 [Vellaeanum], D. 14, 6, 1 pr. [Macedonianum] u. a.) habe der Prätor dieser Dene-

[73] a. a. O. § 106.

gationspflicht auch in der Weise nachkommen können, daß er ein iudicium mit exceptio gewährte und begründet diese Ansicht damit, daß eben die Liquidität in iure sich nicht immer gleich habe feststellen lassen. Bekker[74] stellte die Ansicht auf, daß die Volksüberzeugung ohne weiteres eine weniger schroffe Auslegung dieser Senatsbeschlüsse verlangt habe, um eine feinere Abgrenzung zu ermöglichen. Diese eigentümliche Tatsache bedarf aber doch etwas näher der Betrachtung. Denn es scheint doch nicht ganz so selbstverständlich, daß, wenn ein ganz kategorischer Denegationsbefehl vorausgeht, die Juristen bei Erläuterung dieser Stellen fast von nichts anderem als von exceptio reden, als sei das gar nicht anders möglich gewesen. Nun könnte man dies vielleicht damit zu erklären suchen, daß der Prätor oder das Gesetz deswegen so kategorischen Denegationsbefehl erließen, um zu vermeiden, daß ein Kläger überhaupt in ius kommt und der Prätor mit Ansprüchen der genannten Art von vorneherein nicht heimgesucht wird; dann haben wir ja auch das Institut der editio actionis: wenn dem Beklagten da außergerichtlich der klägerische Anspruch bekannt gemacht wurde, wird dieser sich doch sicherlich orientiert haben, was das Album, in welches auch die Senatsbeschlüsse eingestellt wurden, über derlei Fälle bestimmte und den Kläger darauf aufmerksam gemacht haben, so daß solche Klagen gar oft im Sande verliefen. Das wäre auch ein ganz guter Weg zur Entlastung des Prätors gewesen. Bestand nun ein Kläger doch auf der gerichtlichen Geltendmachung seines Anspruches, weil dieser nicht ohne weiteres gegen das Senatuskonsult oder das Edikt zu verstoßen schien, dann wird sich der Prätor über die Rechtmäßigkeit dieses Anspruches nach Möglichkeit klar geworden sein, ihn aber bei Illiquidität einem iudex durch Inserierung einer exceptio haben überweisen können. Um diese Erscheinung möglichst zu ergründen, hat man auch angenommen, die Worte „actio non detur“ u. dgl. bedeuten von vorneherein nicht etwa, eine Klage solle nicht gegeben werden, sondern der Sinn sei der, das iudicium solle nicht wegfallen, wohl aber solle die Kondemnationsgefahr beseitigt sein[75]. Würde man diese Ansicht halten können, wäre das Vorkommen der exceptiones in allen diesen Fällen sehr leicht verständlich. Allein gegenüber dem klaren Ausspruch der Quellenstellen muß

[74] Aktionen Bd. 2 S. 273.

[75] Bekker in Z. Sav. St. 27 S. 11, 45.

man diese Konstruktion doch für etwas willkürlich ansehen. Zur Lösung all dieser Fragen scheint Wlassak den richtigen Weg gefunden zu haben. Er weist in seinem „Ursprung der römischen Einrede“[76] nach, daß die klassische exceptio nichts Ursprüngliches darstellt, sondern nichts weiter ist als eine Umbildung der älteren denegatio actionis. Wie Wlassak[77] an der Hand der früheren exceptio darlegt, hat diese dem Beklagten den Prozeß erspart; es kam überhaupt nicht zu einem iudicium; die frühere Form der exceptio war nichts anderes als ein magistratischer Bescheid in der Art der denegatio actionis. Erst später hat sich dann der usus exceptionum in das umgeändert, was wir jetzt allgemein unter exceptio verstehen (Gaius IV, 108). Als die exceptio des neueren Rechtes, die erst im iudicium zu ihrer Wirkung kam, das übliche wurde, war damit die denegatio actionis als solche keineswegs außer Gebrauch gekommen[78], sondern lief als älteres Prozeßinstitut mit der exceptio parallel. So erklärt Wlassak die Tatsache, daß, wenn in Edikten, Senatsbeschlüssen etc. denegatio actionis in Aussicht gestellt worden war, ohne daß daneben auch der Exceptionen gedacht wurde, damit, daß sich diese Ausdrucksweise in einer Zeit gefestigt hat, in der die Befreiung des Beklagten mittels Einrede einzig und allein durch Amtsbescheid (denegatio actionis) möglich war[79]. Dieser „Kurialstil“, der für eine Zeit galt, in der der Beklagte nur diesen Amtsbescheid anstreben konnte, hat sich mit großer Beharrlichkeit forterhalten, weiter in die neue Zeit der Prozeßreform hinein, als dies, wenn denegatio actionis angekündigt war, nur die Bedeutung hatte, daß der Prätor, wenn er denegatio in Aussicht stellte, zugleich auch geneigt war, Exceptionen zu bewilligen. So erklärt sich der wechselnde Sprachgebrauch der Quellen gerade in den Fällen der angekündigten Klagendenegation dadurch, daß die kommentierenden Juristen bald dem Texte der Edikte bezw. Senatuskonsulte folgten, bald an die Durchführung in späterer Zeit, wie sie sie täglich vor Augen hatten, dachten. Das ganze Verfahren wird uns sofort klar, wenn wir uns das mittlererweile in Vergessenheit geratene Bindeglied der älteren exceptio, der denegatio actionis, durch die der Beklagte aus dem

[76] Zeitschr. f. Notariat u. freiw. Gerichtsbark. in Österreich 1910 S. 120 ff.
[77] a. a. O. S. 184 ff., 192 ff.
[78] Wlassak, praescriptio und bedingter Prozeß in Z. Sav. St. 33 S. 81 ff., 137.
[79] Z. Sav. St. 33 S. 148 ff.; s. a. Rabel in Z. Sav. St. 32 S. 414 ff.

drohenden Prozeß herausgenommen wird — excipitur —, vor Augen halten. Denn dann ist es nichts Verschiedenes, ob die Juristen sagen, die Klage werde nicht gegeben (non datur) oder ob sie ankündigen: exceptioni locus est. Diese Wlassaksche Konstruktion könnte nun D. 16, 1, 32, 4 auf den ersten Blick erschüttern. Denn diese Stelle läßt es zweifellos zu, daß der Prätor, obwohl er weiß, daß eine mulier interzedierte, gegen sie ein iudicium gewährt, wenn sie auf die exceptio Senatusconsulti Vellaeani verzichtete. Der Prätor macht also in diesem Fall von seinem Denegationsrecht entgegen der strikten Weisung des Senatuskonsultes keinen Gebrauch (si mulier ... iudicium ... parata sit accipere ... cavere debebit exceptione se non usuram et sic ad iudicem ire). Diese Stelle beweist einmal, daß die Höldersche Ansicht[80], die exceptio könne in solchen Fällen ohne Willen des Beklagten in die Formel inseriert werden, nicht ohne weiteres zutrifft[81]. Sodann müssen wir aber auch die Wlassaksche Theorie[82] so auslegen, daß sich mit dem Umsichgreifen der exceptiones im engeren Sinn der Gesichtspunkt einer Einrede des Beklagten im heutigen prozessualen Sinne Geltung verschafft hat, daß eben derjenige, der eine exceptio hat, sie gebrauchen oder auf sie verzichten konnte, ohne daß der Prätor unter allen Umständen von seinem Denegationsrecht Gebrauch machen mußte. Diese Stelle dürfte daher nur beweisen, daß die exceptio im engeren Sinn mit der Zeit die denegatio actionis an Bedeutung übertraf, und daß es in späterer Zeit der Beklagte war, der in vielen Fällen über das iudicium dandum entscheiden konnte, während der Amtsbescheid diese Frage dem Prätor allein vorbehielt. Daß sich dies natürlich nur auf Fälle beziehen konnte, wo die exceptio zum Schutze und im Interesse des Beklagten allein gegeben war, ohne daß daneben noch andere Gesichtspunkte mit hereinspielten, etwa Sittenwidrigkeit u. dgl., darf bedenkenfrei angenommen werden.

Die Beziehungen zwischen exceptio und denegatio actionis führen uns hinüber zur historischen Bedeutung des Denegationsrechtes für den Formularprozeß. Es ist kein Zweifel, daß die denegatio actionis bereits im Legisaktionenverfahren dem Prätor zur Verfügung stand, um eine legisactio im gegebenen Falle

[80] Z. Sav. St. 24 S. 223.

[81] s. a. Helmolt a. a. O. S. 71 ff.

[82] s. o. Note 79.

zu inhibieren. Es finden sich auch Belege dafür, daß der Prätor „lege agere passus non est“[83]. Die denegatio actionis mußte ja gerade zur Zeit der Prozeßreform ein äußerst wichtiges und unentbehrliches Mittel gewesen sein, den Kläger zum Einschlagen der neuen Prozeßart zu zwingen. Dies konnte, da die beiden Verfahren wahlweise nebeneinander herliefen, nur dadurch erreicht werden, daß die legis actio denegiert wurde[84]. Überzeugend weist Wlassak[85] an dem Edikt des Rutilius nach, daß sich diese denegatio um des damit verfolgten Zweckes willen auf beiderlei Verfahren erstrecken mußte, da sie ja sonst ein Schlag ins Wasser gewesen wäre. Nach alledem ist das Verhältnis der denegatio actionis zur exceptio dahin zu formulieren: Das Legisaktionenverfahren kannte nur das denegare legis actionem; im Formularverfahren wurde der Zweck dem Beklagten zu helfen und ihn gegen ungerechtfertigte Angriffe des Klägers aus dem Prozeß zu exzipieren, noch eine Zeitlang — wie lange wissen wir nicht genau — ausschließlich durch denegatio actionis, für welche der gleichbedeutende Name exceptio aufkam, erreicht; allmählich wurde aber der Schutz des Beklagten in der Weise durchgeführt, daß man in die formula eine exceptio in diesem spezifischen Sinne aufnahm, so daß dem Beklagten das iudicium nicht mehr erspart blieb. Ob diese Entwicklung mit eine Folge des Anwachsens der Prozesse und der gesteigerten Tätigkeit des Prätors in dem sich immer mehr ausdehnenden Rom war, wissen wir nicht, wahrscheinlich ist es wohl. Die exceptio des neueren Rechtes, die im weiteren Sinne jene des älteren Rechtes mit umfaßte, gelangte im Prozeß der späteren Zeit zur Geltung entweder in Form des Amtsbescheides, wie ehedem, oder in der Form der exceptio im engeren, eigentlichen Sinne.

Für die Richtigkeit dieses Werdeganges spricht auch folgendes: Die exceptio wird nach uns überlieferten Quellenstellen und von klassischen Schriftstellern als Werkzeug der aequitas gefeiert. Was haben wir oben über das Prinzip der denegatio actionis erfahren? Auch hier soll der Prätor das jeweils Zweckmäßigste, rectissimum, aequissimum statuieren. Denegatio actionis und exceptio beruhen also auf den gleichen Grundgedanken und sind nur verschiedene Äußerungsformen ein und desselben Prinzips.

[83] Wlassak, Z. f. Not. etc. S. 192.

[84] Wlassak, Röm. Proz.-Ges. Bd. 1 S. 124, 233 ff.; Bd. 2 S. 336; Litiskontest. S. 67.

[85] Z. Sav. St. 33 S. 141 ff.

Diesem Ergebnis kann man nicht das Vorkommen der denegatio im Legisaktionenprozeß entgegenhalten. Da konnte der Prätor eben auch schon, allerdings nicht sehr umfassend, der aequitas, dem gesunden Rechtsempfinden, entgegenkommen. Dies war freilich nur in beschränktem Umfange hier möglich. Wenn die Spruchformel der legisactio für den Fall äußerlich paßte, wird der Prätor sicherlich einem Kläger, dessen dolus er sofort erkannte, die legis actio haben versagen können; andererseits aber wird er einem Kläger, auf dessen Fall die Worte der legisactio nicht zugeschnitten waren, nicht haben helfen können. Gerade in dem Nichtgebenkönnen der legisactio für Fälle, wo die Billigkeit es erheischt hätte, äußert sich die Immutabilität derselben, im anderen Falle konnte das Denegationsrecht des Prätors helfend eingreifen. Daß das Institut der denegatio actionis gegenüber der exceptio das ältere ist, hat Wlassak auch durch die Erforschung der praescriptiones pro reo als Vorläuferinnen einiger exceptiones überzeugend dargetan[86]. Denn dieses eigenartige Institut einer bedingten Prozeßbegründung steht genau in der Mitte zwischen glatter Abschneidung des Prozesses durch Denegationsbescheid und Zulassung ins iudicium durch Gewährung der Schriftformel mit exceptio. Wir haben auch unter den „exceptiones“ solche, für die von vorneherein spricht, daß sie auch in der späteren Zeit exceptiones im älteren Sinne geblieben sind. Man denke an die praescriptio fori oder an die exceptiones litis dividuae, residuae. Denn es muß unbedingt Sache des Prätors gewesen sein, darüber zu befinden, ob er selbst zuständig war oder nicht[87], desgleichen mußte sich doch der Prätor, zumal, wie angenommen wird, Protokolle über das Verfahren in iure geführt wurden[88], wissen, ob eine Streitsache unter den beiden Parteien unter seiner Prätur schon anhängig geworden war. Die Überweisung an einen iudex hätte da sehr wenig Sinn gehabt und das Verfahren ungebührlich in die Länge gezogen. Man denke ferner an die exceptiones procuratoriae, die sich öfters in den Quellen finden[89]. Aus der Konsumptionswirkung der Litiscontestatio müssen sich da die größten Unzuträglichkeiten für einen ahnungslosen Kläger oder Beklagten selbst ergeben haben. Man kann

[86] Z. Sav. St. 33 S. 153 ff.; s. a. Demelius, Schiedseid, S. 34, 35.

[87] s. a. Schott I S. 26.

[88] v. Bethmann-Hollweg, Ziv.-Proz. Bd. 2 S. 768.

[89] s. Schott I S. 81.

bei diesen exceptiones daher an ein iudicium nicht recht glauben. Auch spricht D. 3, 3, 25 mit Rücksicht auf gewisse Vertretermängel: „apud praetorem haec finiri oportet.“ Mit Hilfe dieser Wlassakschen Exceptionenlehre lassen sich jedenfalls solche Fälle viel natürlicher erklären, als es z. B. Bülow vermochte, der solche Einwendungen als rein sachliche darzustellen sich bemüht[90].

§ 11.

Die Form des Denegationsbescheides.

Wir wollen nun kurz betrachten, in welcher Form der Denegationsbescheid erfolgte. War es lediglich die Erklärung des Prätors, er könne den Kläger nicht erhören, oder setzte er noch hinzu, warum er dies nicht tun könne oder belehrte er den Kläger noch weiter, wie er es etwa anfangen solle, damit er ihn erhören könne? Als Gegensatz zu „actionem denegare“ ist nicht selten von „actionem decernere“ die Rede (z. B. D. 13, 5, 22). Mit „decernere“ wird auch die Tätigkeit des Prätors in iure überhaupt bezeichnet; in D. 1, 14, 3 ist die ganze amtliche Tätigkeit des Jurisdiktionsmagistrates mit „edicere“ und „decernere“ zusammengefaßt. Daß in iure solche prätorische Erklärungen, decreta genannt, mündlich erlassen (aber wohl protokolliert — s. N. 88) wurden, beweist auch D. 3, 1, 1, 3. Wir werden deshalb auch nicht fehlgehen, wenn wir den Denegationsbescheid als ein „decretum“ ansprechen, wie es schon Savigny[91] und andere[92] getan. Ob freilich, wenn das Verfahren an Mängeln in den Prozeßvoraussetzungen litt und eine Prüfung des Streitverhältnisses unterblieb, ein formelles Dekret erging, ist nicht sicher. Mittermaier[93] stellt hier den Erlaß eines solchen in Abrede. Ebensowenig können wir mit Sicherheit ermitteln, ob es vielleicht einen doppelten Denegationsbescheid gab, etwa zuerst die formlose prätorische Erklärung, so wie Kläger es wolle, könne er ihn nicht erhören und danach erst, wenn sich Kläger damit nicht zufrieden gab, ein feierliches Dekret. Daß der Jurisdiktionsmagistrat, schon um der Öffentlichkeit willen, um nicht als Justizverweigerer verdächtig zu werden, den Grund,

[90] a. a. O. S. 83 ff.

[91] System VI S. 287.

[92] Keller, R.-Ziv.-Proz. S. 220; Demelius in Grünh. Z. 1883 S. 741.

[93] Archiv f. zivil. Praxis Bd. 5 S. 358; ebenso Zimmern, Geschichte des röm. R. Bd. 3 S. 345.

weshalb er denegierte, angab, ist erwiesen. So finden wir bei Cic. pro Flacco 21, 49: „... legatus ... actionem se daturum negavit: re iudicata stari ostendit placere.“ Für den ägyptischen Kognitionsprozeß, dessen Verhandlungen vom römischen nicht gerade diametral verschieden gewesen sein werden, sind uns in Pap. Berl. Griech. Urk. I, 114[94] sowohl Erklärungen des Jurisdiktionsmagistrates, daß er ein bestimmtes Verfahren nicht zulassen wolle und warum, als auch Ratschläge an die Partei überliefert, wie sie es anstellen solle, um zum Ziele zu gelangen[95]. Dieser Papyrus stammt aus Hadrians Zeit, wo in Rom das Formularverfahren noch in Blüte stand[96]. Wenn man bedenkt, daß zu dieser Zeit in einer Provinz des römischen Reiches diese Übung bestand, die sich mindestens an das römische Kognitionsverfahren stark anlehnte[97] und dieses sich nicht so fast im Fehlen der Formel als in dem staatsrechtlichen Gegensatz, daß hier der Jurisdiktionsbeamte einen seiner Unterbeamten mit der Urteilsfällung betrauen durfte, vom Formularverfahren unterschied[98], so ist der Schluß berechtigt, daß man für den Formularprozeß in Rom das von Cicero Überlieferte auch für späterhin annehmen darf. Im Kognitionsprozeß konnte der Magistrat selbst erkennen, tatsächlich hat er auch hier eine Zeitlang einen Unterbeamten mit der Formel delegiert, wie das Fortbestehen der Formel im Kognitionsverfahren beweist[99]. Für das Formularverfahren geben uns die Quellen noch einige Richtpunkte. Aus D. 4, 2, 9, 3 sehen wir, daß der Prätor den Parteien Ratschläge gibt, wie sie am besten agieren können: „... praetorem ... interlocutum ... ut, sive actione ... vellet experiri, esse propositam, sive exceptione ... non deesse.“ Hier mag auch auf Cic. pro Caec. 3, 8 verwiesen werden[100], ferner auf D. 4, 2, 21, 6: „... duplici via praetor mihi succurrit aut ... aut ..., ut quam viam ego elegerim, haec mihi pateat.“ Wenn also Denegationsbescheid z. B. wegen mangelnder Prozeßvoraussetzungen, unterbliebener Kautionsleistung, unpassender Klage erfolgte, wird man als sicher annehmen dürfen, daß der Prätor dem Kläger kundgab, warum er ihn nicht erhören

[94] s. Wilcken, Archiv für Papyrusforschung Bd. 3 S. 57.
[95] Wenger, actio iudicati S. 155 ff.
[96] Walter, Geschichte des römischen Rechtes Bd. 2 S. 383.
[97] Partsch, Schriftformel im röm. Provinz-Proz. S. 60.
[98] Wenger, a. a. O. S. 160[17].
[99] Wenger, a. a. O. S. 158 ff.
[100] s. b. Schott I S. 46 ff.

könne (s. z. B. D. 7, 1, 13 pr. ... non prius ... actionem dandam ... quam [si] satisdederit) und zugleich den Rat gab, gewisse Voraussetzungen zu erfüllen, damit er ihn erhören könne. Letzteres wird natürlich bei ungesetzlichen Ansprüchen, versäumten Fristen u. dgl. weggefallen sein; möglicherweise kann aber in einzelnen dieser Fälle der Prätor eine Restitution in Aussicht gestellt haben.

§ 12.

Die juristische Natur des Denegationsbescheides.

Diese besteht darin, daß das prozessuale Streitverhältnis zwischen dem Kläger und dem Beklagten, das iudicium, gar nicht zustandekommt. Es erfolgt also keine Litiskontestation. Dies ist in gleicher Weise der Fall, ob nun der Denegationsbescheid eine absolutio ab instantia ist oder ob er als Entscheidung in der Sache selbst erfolgt. In beiden Fällen bewirkt er die Abweisung des Klägers bei fortbestehender Aussicht, in der gleichen Sache von neuem zu agieren. War überhaupt noch kein Bescheid erlassen, sondern hatten Kläger und Beklagter in iure verabredet, die Sache ruhen zu lassen, so konnte unter Umständen die inchoata actio von neuem verfolgt werden (D. 5, 2, 21 pr.). Die frühere Literatur[101] hat meist eine Rechtskraft des Denegationsbescheides angenommen. Nun ist man aber zu der Überzeugung gekommen, daß dem Denegationsdekret Konsumptionswirkungen nicht anhafteten. Besonders verneinen Bekker[102] und Wlassak[103] eine derartige Folge. Sie ist uns nirgends in den Quellen bezeugt und gerade das von Wlassak herangezogene Moment, daß nach dem Denegationsbescheid die die actio eingrenzende Frist weiterläuft — die Digestenstelle D. 4, 6, 26, 4 hat noch dazu eine Sachentscheidung im Auge — zwingt uns, an dieser Ansicht festzuhalten. Dafür spricht auch, daß bei der denegatio sehr leicht ein Irrtum des Magistrates unterlaufen konnte, ein Umstand, der für den Kläger sonst eine große Benachteiligung bedeuten konnte. Die der l. 112 D. 50, 17 ähnliche l. 51 D. 35, 2 beweist uns für die juristische Natur der denegatio nichts, sie gibt uns nur ihren regelmäßigen praktischen Erfolg

[101] s. bei Schott I S. 126.

[102] Z. Sav. St. 27 S. 12.

[103] Z. f. Notariat u. fr. Gerichtsbark. in Österr. 1910 S. 198 ff.; Z. Sav. St. 33 S. 138, 156 ff.

an. In D. 42, 1, 14 wird das imperium des Prätors, das ja auch seinem Denegationsrecht zugrunde liegt, in scharfen Gegensatz gebracht zur sententia des iudex und es wird die Widerruflichkeit ausdrücklich auf Akte aus dem imperium beschränkt. Im Denegationsbescheid sieht daher Wlassak[104] nur die Abschneidung des zurzeit versuchten Prozesses und außerdem ein gegen den Kläger gerichtetes Präjudiz, dem es nun schwer fallen dürfte, eine gegenteilige Entscheidung herbeizuführen. Dieses Ergebnis könnte uns nun freilich in allen den Fällen befremden, wo die denegatio actionis nach eingehender Sachprüfung in iure ergangen ist[105]. Wir werden darauf noch unten in § 14 zu sprechen kommen. Hier mag nur bemerkt werden, daß der Prätor, der in der Sache selbst dekretiert hat, die größte Autorität genossen haben wird, so daß es ein Kläger kaum wagte, unter der gleichen Prätur in derselben Sache nochmals vorstellig zu werden.

Den Nachfolger im Amte band, wie gemeinhin angenommen wird, dieser Denegationsbescheid seines Vorgängers nicht. Allein, wenn die Aktion aus allgemein anerkannten Rechtsgrundsätzen heraus denegiert wurde, z. B. wegen Befriedigung, wegen fehlender Sachlegitimation u. dgl., dann wird der Nachfolger im Amt ihn unbedingt haben anerkennen müssen[106]. Aber auch der gleiche Prätor, der den Denegationsbescheid erlassen, konnte den Kläger von neuem in derselben Sache zum iudicium zulassen[107]. Es ist ja Regel (s. z. B. D. 39, 1, 16), daß der Prätor einen Bescheid, den er erlassen, auch nachträglich wieder ändern kann. Die l. 42 D. 42, 1, die von einem „rescindere praecedentem sententiam“ durch den Prätor spricht, kann hier freilich nicht verwendet werden, da diese Stelle offensichtlich das Kognitionsverfahren im Auge hat. Daß der gleiche Prätor nach dem Denegationsbescheid den gleichen Kläger wieder in derselben Sache hören und erhören konnte, muß stets dann möglich gewesen sein, wenn die Gründe des Denegationsbescheides auf formalem Gebiete lagen, wo es an Prozeßvoraussetzungen mangelte, dann bei Vertretermängeln, bei unterbliebenen Kautionen, nachdem diese Mängel behoben waren. So ergibt sich deutlich aus D. 37, 6, 1, 10, daß nach der Kautionsleistung einer actio,

[104] Z. f. Notar. etc. S. 201.
[105] Demelius, a. a. O. S. 742.
[106] Wlassak, Z. f. Notar. etc. S. 200.
[107] Kipp, D. Lit. Z. 1904 S. 2628.

die ursprünglich denegiert wurde, nichts mehr im Wege steht („recipit pristinum ius"). Ferner folgt die Aufhebungsfähigkeit des Denegationsbescheides durch den gleichen Prätor mit zwingender Notwendigkeit aus D. 14, 6, 1, 1: wenn zur Zeit der Klagestellung noch ungewiß ist, ob eine Vorbedingung zur Klagelegitimation schon eingetreten ist oder nicht, soll die Klage zwar denegiert werden, aber nur „interim". Sie wird also nach Klärung der Sachlage ohne weiteres zugelassen. Aber auch wenn die denegatio actionis eine materielle Sachentscheidung darstellt, wird man ihre Aufhebungsmöglichkeit durch den gleichen Prätor nicht leugnen können: so z. B. wenn es dem Kläger gelungen war, die gegenteilige Ansicht eines respondierenden Juristen — der Fall in D. 24, 3, 46 gibt uns hiefür ein brauchbares Bild — nachträglich beizubringen. Wir gelangen also zu dem Ergebnis: Der Denegationsbescheid ist nichts weiter als die Abschneidung des versuchten Prozesses durch den Prätor ohne weitere Wirkungen. Einem neuen Prozesse in der gleichen Sache steht regelmäßig weder unter dem gleichen noch unter einem anderen Prätor ein Hindernis entgegen.

§ 13.

Die Abänderungsfähigkeit des Denegationsbescheides und das „denegare iurisdictionem".

Wir haben eben gesehen, welche Stellung der Prätor einem Denegationsbescheid gegenüber einnahm. Nun fragt es sich, ob nicht vielleicht ein anderer Beamter auf Anrufen des Klägers die prätorische Entscheidung aufheben konnte. Die Leist'sche Ansicht[108] von der Interzessionsmöglichkeit gegenüber einer solchen hat Schott[109] widerlegt. Dieser Ansicht ist auch Kipp[110] beigetreten. Schott hat aus den Quellen, namentlich auch aus Cic. acad. 2, 30 dargelegt, daß von einer Abänderung des Bescheides in diesen Stellen keine Rede ist. Auch von einer Einmischung der Prätoren in Funktionen der Ädilen findet sich nichts. Eine Interzession ist auch aus dem Grunde wenig wahrscheinlich, weil sie sich nur gegen positive Akte richtet[111], unter welche man den Denegationsbescheid schwerlich wird rechnen können. Eine Appellation

[108] Pauly-Wissowa, Realenzykl. Bd. 5 S. 219.
[109] Schott I S. 130 ff.
[110] a. a. O. S. 2628.
[111] Bekker, Z. Sav. St. 24 S. 360, 361.

findet sich nur gegen Urteile. Die denegatio actionis ist aber kein Urteil; ihr haften Konsumptionsfolgen nicht an; abgesehen davon ist die Appellation erst dem Kognitionsverfahren eigentümlich[112]. Gegen eine Abänderungsfähigkeit durch andere Magistrate spricht auch weiter folgende Erwägung: wir haben oben gezeigt, daß dare und denegare actionem, um mit Bekker zu reden, nichts anderes als Front und Kehrseite desselben Rechtes sind. Würde man nun eine Abänderungsfähigkeit beim Denegationsbescheid bejahen, so könnte man nicht umhin, auch die entsprechenden Konsequenzen beim dare actionem zu ziehen. Es müßte dann auch dem Beklagten möglich gewesen sein, sich einer actio, die der Prätor entgegen dem ius civile gegen ihn gab, durch Anrufen einer anderen Instanz zu entziehen. Diese Konsequenz kann aber unmöglich zugegeben werden, denn da wäre jeder prätorischen Rechtsgestaltung von vorneherein ein Riegel vorgeschoben gewesen. Daß die Juristen bei einem Denegationsbescheid an eine Abänderung desselben gar nicht dachten, kann auch aus D. 35, 2, 51 entnommen werden.

Wenn nun der Prätor, was sich nicht oft ereignet haben wird, einigen angesehenen Juristen entgegen denegierte, so wird er in solchen Fällen seine Ansicht eingehend coram publico begründet haben, um nicht als Justizverweigerer angesehen zu werden. Davon ist zu unterscheiden der Fall, daß der Prätor sein Denegationsrecht mißbraucht. An einen Mißbrauch nach der Richtung, daß er durch denegatio den Parteien die amtliche Kognition aufdrängen wollte, ist wohl nicht zu denken[113]. Ein Mißbrauch derart, daß er sich geflissentlich über die allgemeinen Regeln der Gerichtsverfassung hinwegsetzt, wäre kein denegare actionem mehr, sondern eine Justizverweigerung, durch die sich der Beamte wie im Falle parteiischer Rechtspflege eine öffentliche Anklage zuziehen konnte[114].

Mit dem „denegare actionem“ ist aber nicht identisch der Begriff des „denegare iurisdictionem“ der Quellen (D. 4, 6, 26, 6). Um diesen Begriff näher zu erforschen, können wir die oben erwähnte Bekkersche Unterscheidung zwischen ius dicendum und iudicium dandum gut gebrauchen. Zwar kann, wie wir oben gesehen haben, auch die denegatio actionis eine Verweigerung des ius dicendum

[112] Wenger, Z. Sav. St. 25 S. 430.
[113] Wlassak, Röm. Pr.-Ges. Bd. 2 S. 345.
[114] Wlassak, a. a. O. S. 336.

im engeren Sinne sein, in den weitaus meisten Fällen ist sie es freilich nicht. Das „denegare iurisdictionem“ ist jedoch stets Verweigerung des ius dicendum, ohne aber ein Akt verbotener Justizverweigerung zu sein. Der Petent wird hier einfach nicht erhört. Freilich ist die Verbindung „denegare iurisdictionem“ nur ein einziges Mal in den Quellen an obiger Stelle vertreten. Wir sind daher nicht in der Lage, den Begriff durch Vergleiche vollständig zweifelsfrei festzustellen. Doch dürfen wir folgendes annehmen: „iurisdictio“ ist die gesamte dem Prätor in iure zustehende Macht, seine Justizhoheit. Dieser Begriff ergibt sich besonders aus D. 2, 1, 1; D. 2 3, 1, 1; D. 2, 4, 11; D. 39, 2, 4, 3. Wenn diese jemanden verweigert wird, so wird das zur Folge haben, daß der Prätor demselben nicht nur nicht in einer konkreten Sache, sondern überhaupt in gar keiner Sache zur Verfügung steht. Diese Maßnahme erscheint von großer Tragweite und muß für den davon Betroffenen als schwere Strafe empfunden worden sein. Eine solche ist sie auch in D. 4, 6, 26, 6. Hier hat der Prätor gegen jemand ein Dekret erlassen, dem dieser bisher noch nicht Folge geleistet hat. Kommt dieser jetzt in ius, um irgend einen Wunsch vorzubringen, so verweigert ihm der Prätor jede Art von Tätigwerden für ihn als Zwangs- und Strafmittel, um seinem Dekret Achtung zu verschaffen. Allerdings kommt, wie wir oben gefunden haben, das Denegieren einer konkreten actio, nicht der iurisdictio als solcher, ebenfalls als Zwangsmittel einem Kläger gegenüber in den Quellen häufig vor. Aber man wird nicht fehlgehen, wenn man dem denegare iurisdictionem eine viel weitergehende Bedeutung beimißt. Denn in der erwähnten Stelle handelt es sich um einen Kläger, der bereits mit dem Prätor in Berührung gekommen ist, gegen den dann ein Dekret erlassen wurde, welches er aber nicht beachtet. Ein solcher Widerspenstiger ist contumax und in dolo (D. 3, 1, 1, 3 i. f.; D. 42, 1, 53; D. 50, 17, 199); das „non obtemperare ius dicenti“ ist ein besonderer Tatbestand, aus dem ein poenale iudicium gegeben wird (D. 2, 3, 1). Bei der Schwere der Mißachtung, welche seitens des contumax dem Imperium des Magistrates bezeigt wird, ist wohl anzunehmen, daß das von diesem dagegen angewandte Koerzitionsmittel eine Verweigerung des Gehörs nach jeder Richtung ist, daß also der Begriff des „denegare iurisdictionem“ in diesem umfassenden Sinne ausgelegt werden muß. Der Prätor wird also diesem Kläger, wenn er in iure in irgend einer Sache verhandeln

wollte, sofort bedeutet haben, er werde überhaupt nicht für ihn tätig. Denn über die Identität des Klägers mit dem, der seinem Dekret nicht Folge leistete, wird er, wenn er ihn nicht schon kannte, jedenfalls bei Feststellung der Personalien ins Klare gekommen sein. Zudem werden wir wohl mit dem Bestehen von Gerichtsakten oder dergleichen Einrichtungen[115] zu rechnen haben, sodaß solche Widerspenstige nicht in Vergessenheit gerieten. Es ist wohl auch anzunehmen, daß diese Akten nicht minder ausführlich waren wie die gleichzeitigen ägyptischen Amtsjournale[116].

Nun könnte man freilich an Fälle denken, wo denegare actionem sachlich in ein denegare iurisdictionem überzugehen scheint, so z. B. wenn ein Peregrine den praetor urbanus anruft. Was dieser hier verweigert, ist seine iurisdictio im ganzen, nicht nur das Gewähren einer einzelnen Aktion. Allein der Unterschied bleibt immer bestehen, daß das Verweigern der gesamten iurisdictio ein Strafmittel wegen contumacia eines der Gerichtsbarkeit Unterworfenen ist. Als Strafmittel wurde auch in minder schweren Fällen die Denegation einer konkreten Aktion verwendet. Dies sehen wir (s. auch oben §5, III, 3, c, e) ebenfalls aus dem Zusammenhang von l. 102 § 1 und pr. D. 50, 17, wo dem „facere vetante praetore" ein „actionem denegare" im logischen Zusammenhang folgt[117]. Weder unter den Begriff der denegatio actionis — denn hier ist regelmäßig der formelle Eröffnungsakt des ius dicendum Voraussetzung — noch unter jenen der denegatio iurisdictionis — denn da handelt es sich um Verweigerung des Rechtsschutzes überhaupt — sind jene Fälle zu bringen, wo es zum ius dicendum deswegen nicht kommt, weil der Prätor den Kläger aus Gründen, die in der Art seiner Geschäftsbehandlung liegen, nicht hört. So z. B. wenn der Kläger zu spät am Tage kommt, wenn er an einem dies nefastus ein iudicium begehrt. Denn in solchen Fällen kann keine Rede davon sein, daß der Prätor Petenten gegenüber überhaupt zu diesen Zeiten zur Verfügung stände. Man kann daher auch in diesen Fällen nicht sagen, daß dem Kläger prätorische Hilfe verweigert würde.

---

[115] Rudorff, Röm. R. G. Bd. 2 S. 232; Bethmann-Hollweg a. a. O. Bd. 2 S. 194, 768.

[116] Wenger, Papyrusforschung und Rechtswissenschaft 1903 S. 23.

[117] Die Schott'sche Ansicht (Schott I S. 124 N. 32) über keinerlei sachlichen Zusammenhang kann nicht gebilligt werden.

§ 14.

Die Stellung der Prozeßsubjekte zur denegatio actionis.

Der Prätor steht, wie schon ausgeführt, in der Handhabung des Denegationsrechtes so gut wie suverän[118]; er allein trägt die Verantwortung für die Korrektheit seines Aktes. Diese Machtvollkommenheit ist dem römischen Prozeßverfahren eigen und wird durch die Öffentlichkeit kontrolliert. Rechtsgelehrte stehen dem Prätor zur Seite; wenn er eine Aktion gewährt oder verweigert, handelt er zwar nicht lediglich als gehorsames Organ der Volksüberzeugung im Bekker'schen Sinne[119], sondern als Jurisdiktionsbeamter des Volkes, der im weitestgehenden Umfange auf die Rechtsausgestaltung selbst gegen diese Volksüberzeugung Recht schaffen und, wie wir oben gezeigt haben, mit Hilfe seiner prozessualen Zwangsbefugnis wirksam durchführen konnte. Der Prätor wurde also — unterstützt von den Juristen — nicht bloßes Werkzeug dieser Volksüberzeugung, sondern er konnte dieselbe seinerseits mächtig beeinflussen. So finden wir bei Cic. ad Herenn. 2, 12: „...Drusus (praetor) ...mandati iudicium reddidit...S. Julius non reddidit." Daß der Prätor das Denegationsrecht nicht deswegen nötig hatte, um sich zu entlasten, und die Hauptuntersuchungen auf den iudex abzuschieben, werden wir unten sehen. Wohl wird man aber annehmen müssen, daß die meisten Prätoren von den exceptiones im engeren Sinn einen häufigen Gebrauch gemacht haben[120]. Aber auch das Gegenteil mag keine Seltenheit gewesen sein, daß der Prätor, um im Volke das Bewußtsein seines Imperiums wach zu halten und sein Ansehen zu heben, ein Denegationsdekret nicht ungern erlassen haben wird. Es wird hier eben die Persönlichkeit des jeweiligen Prätors den Ausschlag gegeben haben. Um die gewaltige Bedeutung des Denegationsrechtes als Ausfluß des prätorischen Imperiums ins richtige Licht zu rücken, sei hier ganz besonders an die Denegation der Judikatsklage erinnert. Da konnte eine Sachentscheidung durch den iudex oder die recuperatores vom Prätor in ihrer Durchführung gehemmt werden. Weil der Prätor zur Einleitung der Zwangsvollstreckung wieder angegangen werden mußte, war sein Denegationsrecht von größter Tragweite.

---

[118] s.a. Bethmann-Hollweg a.a.O. S. 217; Roby, Roman private law, Bd. 2 S. 350.

[119] Bekker, Aktionen II S. 269 ff.

[120] Wlassak, Z. Sav. St. 33 S. 152.

Insofern ist auch Schott zuzustimmen, wenn er den Schwerpunkt des Verfahrens in die Prozedur in iure verlegt[121]; denn es konnte ein Rechtsstreit durch materiellen Entscheid ohne ein Verfahren in iudicio erledigt werden, niemals aber ohne ein Verfahren in iure. Wir haben oben erfahren, daß der Prätor gar nicht im Edikt ankündigen mußte, wann er denegieren werde, daß er alle möglichen Klagen unbeschränkt verweigern konnte. Diese Machtvollkommenheit schränkte man bald durch Gesetze, Senatsbeschlüsse, Konstitutionen ein und zur Zeit der klassischen Juristen, wo die Prätoren schon sehr auf Winke von oben zu achten hatten, war das freie Imperium schon erheblich eingeengt. Da haben schließlich auch die Rechtsgelehrten bald aufgehört, in unmittelbarer Beziehung zur wirklichen Volksüberzeugung zu stehen; es galt jetzt die Volksstimme dem kaiserlichen Willen anzupassen[122], den Denegationen, welche nunmehr die respondierenden Juristen in ihren Gutachten anrieten bezw. jenen, welche kaiserliche Reskripte anbefohlen, mußte der Jurisdiktionsmagistrat nunmehr nachkommen. Sein „denegare actionem" erfolgte jetzt nicht mehr „ex mente praetoris" (D. 37, 4, 20, 1), wie ehedem.

Der Kläger wird den Denegationsbescheid am wenigsten gern herbeigeführt haben mit Ausnahme des Falles, wo der Prozeß durch Bewilligung einer exceptio an den Beklagten für ihn schief gegangen wäre, wenn er eben nicht imstande war, eine wirksame replicatio entgegenzusetzen. Wenn sich nun der Kläger weigerte, die mit der exceptio versehene Formel anzunehmen, so wird wohl (s. oben § 5, I, 9) Denegationsbescheid die Folge gewesen sein. Dieser Bescheid war aber dem Kläger, abgesehen von dem nun gegen ihn bestehenden Präjudiz, nicht weiter schädlich und er konnte die verweigerte Aktion nach Belieben wieder anstellen. Man denke auch an den Fall, daß der Beklagte dem klägerischen Anspruch auch nur eine exceptio temporalis entgegensetzte. Hier wird der Kläger, wenn er nicht freiwillig von der Klage abstand, die denegatio actionis als sehr willkommen angesehen haben, denn, würde es zur Litiskontestation kommen, so wäre sein Recht unwiderbringlich (Inst. 4, 13, 10) verloren, wogegen selten Restitution zu erlangen war[123]. Wie haben wir uns überhaupt den Fall vor-

[121] Schott I S. 148 ff.; II S. 12 ff.
[122] Bekker, Aktionen II S. 216 ff.
[123] Bekker, a. a. O. S. 95.

zustellen, wenn der Beklagte eine solche exceptio temporalis in iure vorschützt? D. 44, 1, 2, 4 definiert eine solche Einrede als „exceptio quae differt actionem". Da liegt die Vermutung schon sehr nahe, daß der Prätor in einem solchen Falle dem Kläger durch Denegationsbescheid zu Hilfe gekommen ist. Denn, käme es zur Formelerteilung mit exceptio, dann träte infolge der Streitbefestigung Konsumption ein und es wäre unverständlich, daß Ulpian hier von einem „differre actionem", von einem Hinausschieben auf einen späteren Zeitpunkt redet. Denn daß das differre iudicium, actionem diese Bedeutung hat, beweisen auch D. 37, 10, 1 pr. und D. 36, 3, 5, 2. Andererseits wird der Kläger naturgemäß alles in Bewegung gesetzt haben, ein iudicium zu erlangen, wenn er gegenüber einer Einrede des Beklagten, die an und für sich den Prätor zur Denegation berechtigt hätte, eine wirksame replicatio entgegenzusetzen imstande war (s. a. D. 4, 3, 25).

Der Beklagte endlich wird der rechtskraftlosen denegatio actionis a priori nicht besonders wohlwollend gegenübergestanden haben, denn er war dem Kläger gegenüber vor einem erneuten Vorgehen in eadem causa nicht ohne weiteres gesichert[124]. Freilich, wenn ihm lediglich der Prozeß unangenehm war, oder wenn er sicher mit Kondemnation zu rechnen hatte, mochte er den Denegationsbescheid als erwünscht angesehen haben. In solchen Fällen war es sicher der Beklagte, der auf den Denegationsbescheid hinarbeitete. Die Quellen sprechen im ersteren Falle von einem „actionem, iudicium recusare" (s. D. 9, 4, 29; D. 26, 9, 5 pr., 1; D. 27, 8, 6; D. 42, 1, 4 pr.). Denn es war immerhin eine Last, einen Prozeß auf sich zu nehmen, selbst wenn man sicher mit Absolution rechnen durfte (s. a. D. 42, 5, 28: ... praetor filio praestat ... ne in eum actio detur). Der Beklagte erklärte einfach, er wolle mit der Sache nichts zu schaffen haben; fand dann der Prätor, daß dies nach der Sachlage anging, so wies er den Kläger ab; im anderen Falle konnte das „iudicium accipere cogi" eintreten. Da half dann dem Beklagten sein Widerstreben gegen die actio nichts (s. z. B. D. 13, 7, 41: ... improbe resistit quominus ... actio moveatur). Sah aber der Beklagte, daß die vom Prätor bewilligte actio unzweifelhaft sein causa cadere zur Folge haben werde, dann mochte er in den meisten Fällen konfitiert haben[125]. Ob darauf ein for-

[124] Demelius, a. a. O. S. 742; Bekker, Z. Sav. St. 24 S. 369.

[125] Wenger, actio iudicati S. 143.

meller Denegationsbescheid erfolgte, wissen wir nicht; jedoch dürfte, obwohl es zur Gewährung einer Aktion in diesem Falle nicht kam, infolge der mit der confessio eintretenden Urteilswirkung ein förmlicher Denegationsbescheid nicht anzunehmen sein, da dieser hier nur eine rein formale Bedeutung hätte. Der Beklagte wird durch seine Verteidigung in vielen Fällen erst den Gesichtspunkt geltend gemacht haben, der zur denegatio actionis führte. Doch sein Wille ging regelmäßig wohl nicht auf Erlangung dieses Bescheides, sondern auf Erreichung einer res iudicata. Daß es nicht vorkommen konnte, daß der Beklagte durch freiwillige Übernahme des Judiziums den Denegationsbescheid gegenstandslos machte, haben Helmolt[126] und Wenger[127] mit Recht betont. Denn gegeben und verweigert wird die actio mit Rücksicht auf die vom Prätor beeinflußte aequitas. Im Widerspruch mit dieser können die Parteien ein iudicium überhaupt nicht erlangen.

Sehr einfach wäre die Stellung des Beklagten gegenüber dem Denegationsdekret gewesen, wenn wir annehmen dürften, daß dieses in allen denjenigen Fällen, wo eine materielle Sachprüfung vorausging, Urteilswirkungen gehabt hätte. Letztere Annahme findet aber in den Quellen keine Stütze. Aus dem Umstand, daß in einer Reihe von Digestenstellen der Prätor mit „iudex" bezeichnet wird[128], zu schließen, daß mitunter Entscheidungen desselben im Formularverfahren einer sententia des iudex gleichgekommen wären, ginge, ganz abgesehen von der Interpolationsmöglichkeit, viel zu weit. Stellen, in welchen von einer „sententia praetoris" die Rede ist (z. B. D. 42, 1, 42), beziehen sich offenbar auf den Kognitionsprozeß. Auch D. 5, 1, 81 sagt uns mit seinem „... qui ... iurisdictioni praeest ... iudex esse ... potuit" nichts Zuverlässiges. D. 4, 6, 26, 6, auf welche Stelle sich Wlassak beruft, ist aber sicherlich beweiskräftig, wie schon oben dargetan. Nicht deswegen, weil sie vom Denegationsbescheid überhaupt spricht, denn da könnte leicht daran zu denken sein, daß der Jurist bei der Niederschrift formale Mängel im Verfahren im Auge hatte, sondern weil die Stelle von einem Denegationsbescheid nach erfolgter Sachprüfung handelt; also, obwohl der Prätor den Streit materiell untersucht und den Kläger abgewiesen hat, läuft nach diesem Bescheid die Frist, welche die

[126] a. a. O. S. 75 ff.

[127] a. a. O. S. 140.

[128] s. Heumann-Seckel S. 292.

Aktion eingrenzt, weiter. Man muß daher Konsumptionswirkungen durchaus ablehnen. War dem aber so, dann liegt der Gedanke nahe, daß der Beklagte alles aufgeboten haben wird, um „res iudicata“ und nicht den Amtsbescheid zu erlangen. Er wird dann, weil es ja die Regel war, daß die Liquidität der Einrede eine Rolle spielte (s. oben § 10), seine Einwendungen in iure nicht besonders klar formuliert haben, um nicht die Liquidität der exceptio darzutun. Denn sonst war er dem Denegationsbescheid ausgesetzt. Man muß nun aber wohl zugeben, daß der Prätor, dem derlei Vorgänge bald offenbar geworden sein mußten, solchen Verdunkelungsversuchen in iure abgeholfen haben muß. Das konnte er nur dadurch, daß er mit seinem Denegationsbescheid dem Beklagten die gleichen Garantien gab, wie er sie durch richterliches Urteil erlangt hätte. Dasselbe muß wohl auch dann angenommen werden, wenn der Kläger, sobald er sah, daß die exceptio, die der Prätor dem Beklagten zu geben bereit war, sein causa cadere zur Folge hätte, durch Weigerung der Annahme der Formel die denegatio actionis erzwang. Es kann hier kaum der Beklagte schlechter gestellt worden sein, als wenn es zur Litiskontestation gekommen wäre. Welcher Art diese Garantien, die hier in Frage kamen, gewesen sind, wissen wir nicht. In Konsumptionswirkungen bestanden sie aber nicht. Vermutlich wird der Prätor nicht selten dem Beklagten mit einer Poenalstipulation zu Hilfe gekommen sein, wonach der Kläger seinem Gegner eine poena für den Fall zu versprechen hatte, daß er ihn in der gleichen Sache wiederholt in ius vozierte. Daß der Prätor die Befugnis hatte, solche Stipulationen in iure anzuordnen, kann nicht in Frage gestellt werden. Andererseits dürfen wir jedoch nicht außer acht lassen, daß die häufig wohl nur summarische Prüfung beim Denegationsbescheid eine nochmalige Behandlung des Falles nicht allzusehr erschweren durfte. Wie es ferner in den Fällen war, wo es an den Prozeßvoraussetzungen mangelte, wo eine Kaution noch nicht geleistet war u. dgl., darüber können wir nur Vermutungen anstellen. Der Prätor wird aber nach dem Grundsatz in Gaius IV, 57: „facilius reis praetor succurrit quam actoribus“ Mittel und Wege gefunden haben, daß der Beklagte in solchen Fällen nicht zu Schaden kam. — Im allgemeinen jedoch dürfte nach einem in der Sache selbst ergangenen Denegationsbescheid ein erneutes Vorgehen des Klägers in der gleichen Sache zu den größten Seltenheiten gehört haben. Die Autorität des

Magistrates und die Gründe, die dem Abgewiesenen öffentlich dargelegt wurden, dürften selbst auf Querulanten sehr ernüchternd gewirkt haben. Ein erneutes Vorgehen konnte für den Kläger aus dem Gesichtspunkte des „temere agere“ oder des „interpellare ad tribunal vexandi causa“ (s. D. 47, 2, 93; D. 47, 10, 13, 3) recht unangenehme Folgen haben (s. a. unten § 17).

§ 15.

Das Verhältnis der denegatio actionis zur restitutio in integrum.

Es ist die Frage aufgeworfen worden, ob zwischen diesen beiden Instituten Beziehungen bestehen können. Wir haben oben gesehen, daß das denegare actionem als Gegenstück des dare actionem ein Nichtgewähren des ordentlichen Rechtsschutzes bedeutet. Wir haben auch erfahren, daß der Denegationsbescheid jederzeit, auch vom gleichen Prätor wieder aufgehoben werden konnte, wenn der Kläger sein Verlangen neuerdings bei ihm vortrug. Wenn nun der Prätor gegen seinen eigenen seinerzeit wohlerwogenen Jurisdiktionsakt oder jenen seines Amtsvorgängers den Kläger jederzeit wieder von neuem im ordentlichen Verfahren hören konnte, ist nicht der mindeste Grund einzusehen, inwieferne eine Restitution, die doch ein außerordentliches Rechtsschutzmittel ist, Platz greifen konnte. Dem Kläger konnte ja auf dem gewöhnlichen Wege des actionem dare geholfen werden. Daß zwischen erfolgter denegatio actionis und in integrum restitutio absolut keine Beziehungen bestehen können, hat daher Kipp[129] mit zutreffender Auslegung von D. 4, 6, 26, 6 mit Recht bemerkt.

Wenn nun auch zwischen dem Denegationsbescheid und der restitutio in integrum ein Zusammenhang nicht bestehen kann, so bestehen doch zwischen Restitution und Denegationsrecht sehr enge Beziehungen. Denn beide Institute entspringen dem Gedanken, iniquitates zu beseitigen (s. a. D. 4, 1, 7 pr.). Um den Zweck der in integrum restitutio zu erreichen, kann es sein, daß dem laesus eine Aktion wieder gegeben wird, oder aber, daß er dem Gegner gegenüber durch denegatio actionis geschützt bleibt, wenn er seinerseits noch nicht geleistet hat. In diesem letzteren Falle war es das iudicium rescindens, das als außerordentlicher Behelf denselben Zweck erfüllte, wie er der denegatio actionis im ordent-

[129] a. a. O. S. 2628.

lichen Prozeß vorbehalten war. Die Wirkung ist ganz die gleiche, wenn z. B. ein Minderjähriger, der etwas zu teuer gekauft hat, sich in integrum restituieren läßt, oder wenn er ruhig eine Klage auf Zahlung des Kaufpreises abwartet und beim Prätor um Denegation derselben nachsucht. So kann auch der Prätor dasselbe durch denegatio actionis erreichen, was er durch Restitution hätte statuieren können, wenn nur ein Antrag des laesus vorgelegen hätte (s. a. D. 4, 4, 27, 1). Desgleichen ist auch in manchen Fällen der Erfolg, der durch Denegationsbescheid erreicht wird, nichts anderes als eine verschleierte restitutio in integrum, so, wenn der verklagte Haussohn oder die belangte mulier bei vollkommen glattem Sachverhalt sich auf das S. C. Macedonianum bezw. Vellaeanum berufen, so daß denegatio actionis eintreten muß. Diese Bescheide kommen hinsichtlich des Darlehens bezw. der Interzession einer Restitution vollständig gleich[130], freilich bleibt im ersteren Falle eine natürliche Verbindlichkeit bestehen. Umgekehrt kann auch ein dare actionem einer restitutio in integrum gleichkommen, so, wenn dem früheren Eigentümer gegen den Usukapienten die actio in rem Publiciana rescissoria gegeben wird.

§ 16.

Arten des Denegationsbescheides.

Wir können nach dem Dargestellten folgende Unterscheidungen machen:

1. Denegationsbescheid nach erfolgter Prüfung des materiellen Streitverhältnisses oder ohne solche: im ersteren Falle ist der Bescheid meist Sachentscheid, im letzteren absolutio ab instantia.
2. denegatio actionis mit oder ohne konkurrierende exceptio: ersteres war die Regel. Es gab aber Fälle, wo nur denegatio actionis eintreten konnte (s. o. § 10).
3. vorläufige und endgültige denegatio actionis: je nachdem der abgewiesene Kläger die actio mit Erfolg wieder anstellen konnte oder nicht. Ersteres war die Regel. Bei Prüfung der Sache selbst konnte aber, wenn allgemein anerkannte Grundsätze des Privatrechtes den Denegationsbescheid veranlaßten, ein günstigerer zweiter Bescheid für den Kläger nicht ergehen.
4. denegatio actionis mit nachfolgendem Abbruch der Verhandlungen in iure oder ohne diesen. Ersteres war die Regel.

[130] Bekker, Aktionen II S. 76 ff.

Letzteres konnte vorkommen, wenn Kläger mehrere Klagen, um sicher zu gehen, edierte und der Prätor die zuerst edierte denegierte (vorausgesetzt freilich, daß hier — was wir nicht wissen — ein formeller Denegationsbescheid üblich war); hieher gehört weiter der Fall, daß in iure bei Anwesenheit des Gewaltunterworfenen gegen den Gewalthaber mit einer adjektizischen Klage vorgegangen wird, die denegiert wird. Dann kann wohl ohne weiteres gegen den anwesenden Kontrahenten selbst die gewöhnliche actio impetriert werden.

5. denegatio actionis nach vorheriger Beweisaufnahme in iure oder ohne solche: das letztere war die Regel. Allein eine Beweisaufnahme vor dem Denegationsbescheid wird in einigen Fällen nicht zu umgehen gewesen sein (s. D. 11, 5, 1pr.: Beweis der Körperverletzung; D. 24, 3, 22, 6; l. 34 h. t.: „nisi probet ... filiam ... consentire sibi, denegandam actionem", ferner bei Popularklagen über die Eignung der Person). In diesen Fällen war entweder das positive oder das negative Ergebnis eines Beweisverfahrens Voraussetzung für den Eintritt des Denegationsbescheides. Jedenfalls konnte der Prätor, wenn er Zeit hatte, die Beweise selbst erheben. Auch Kipp[131] nimmt an, daß der Prätor, wenn Aussicht bestand, daß die denegatio actionis schnell erfolgen konnte und Beweismittel bereit standen, die Beweise aufgenommen haben wird.
6. denegatio actionis auf Antrag des Beklagten oder ohne solchen: letzteres war die Regel; ersteres wird z. B. dann vorgekommen sein, wenn die denegatio actionis von dem belangten laesus als restitutio in integrum begehrt wurde (s. o. § 15).

An eine teilweise denegatio actionis läßt sich nicht gut denken. Denn, wenn es auch möglich ist, daß einem Kläger nicht auf den vollbegehrten Betrag ein iudicium gewährt wird, so wird ihm, wenn er sich mit dem Minderbetrag abfindet, das iudicium jedenfalls gegeben. Diese Einschränkung durch den Prätor ist jedoch kein das weitere Prozeßverhältnis hemmender Bescheid in iure, wie ihn die denegatio actionis begrifflich voraussetzt.

Über die Möglichkeit eines appellablen Denegationsbescheides bei mandierter Jurisdiktion s. unten § 18 a. E.

[131] a. a. O. S. 2626; s. a. Pernice in Münchener Kritisch. Viertelj. Schr. 1863 S. 416.

§ 17.

Über das „officium lites deminuendi“ der l. 21 D. 12, 1.

Es ist weiter behauptet worden, der Prätor habe, da er natürlich sehr beschäftigt gewesen sein müsse — denn daß die alten Römer weniger Prozesse geführt hätten, als es bei uns heutzutage der Fall ist, ist wegen der Unentgeltlichkeit der römischen Rechtspflege, ganz abgesehen von nationalen Temperamentsunterschieden, nicht anzunehmen — das Denegationsrecht dazu benützt, um faule und schikanöse Prozesse nach Möglichkeit zu verhindern, ja sogar, er habe die allgemeine Rechtspflicht gehabt, lites diminuere, Prozesse zu vermindern[132]. Dieser letzteren Ansicht kann nicht beigepflichtet werden. Einmal schon deswegen nicht, weil, wie der nächste Abschnitt zeigen wird, für den Prätor wenig Veranlassung bestand, das Denegationsrecht in diesem Sinne häufig zu gebrauchen, denn wir werden erfahren, daß die Fälle der Rechtsstreitigkeiten den Prätor persönlich gar nicht allzusehr in Anspruch nehmen mußte. Dann aber auch deswegen, weil die Auslegung der l. 21 D. 12, 1 im Schott'schen Sinne nicht haltbar ist. Das denegare actionem konnte, wie wir oben gesehen haben, freilich dazu dienen, unnütze und schikanöse Prozesse zu verhindern. Aber wir kennen noch andere Mittel. D. 5, 1, 79 pr. spricht davon, daß der, welcher seinen Gegner mutwillig vor Gericht ruft (temere vocare in iudicium: „iudicium“ ist hier gleich „ius“ zu nehmen, wie auch des öfteren iudex statt praetor sich findet, s. Heumann-Seckel a. a. O. S. 297, 6, a), dem Gegner die Aufwendungen zu ersetzen hat. Des weiteren kannten die Römer für „temere litigantes“ eine extraordinaria animadversio (D. 47, 2, 93); außerdem aber konnte ein frivoles Prozessieren als iniuria verfolgt werden (D. 47, 10, 13, 3). Schon daraus ergibt sich, daß Schott's Befürchtungen, ohne das Denegationsrecht hätten faule und schikanöse Prozesse überhand nehmen müssen, nicht gerechtfertigt sind. Abgesehen davon besteht aber ein allgemeines officium des Prätors, die Zivilprozesse zu verringern, keineswegs.

In D. 12, 1, 21 meint Julian: Nach Ansicht einiger Juristen sei der Kläger, der eine ganze Leistung einklagt, nicht zu zwingen, eine Teilleistung des Beklagten in iure anzunehmen und bezüglich des Restes auf die Klage zu verweisen. Nach der eigenen Ansicht

[132] Schott I S. 69 N. 2; II S. 20 ff.

Julians dagegen würde der Prätor der aequitas entsprechender handeln („humanius facturus videtur praetor“), wenn er den Kläger zwänge, das Angebotene anzunehmen, „da es zu seiner Amtspflicht gehöre, Streitigkeiten herabzumindern“ („cum ad officium eius pertineat lites deminuere“). Da die letzte Wendung mit „cum“ an das Vorhergehende angereiht ist, müssen wir sie im Zusammenhang mit dem Vorhergehenden beurteilen und dürfen diesen Satz nicht als allgemeine Regel herausnehmen und damit etwas zu beweisen versuchen. Handeln wir aber in dem gekennzeichneten Sinne, so gelangen wir zu einem ganz anderen Ergebnis als Schott. Julian meint: Wenn der Kläger beispielsweise zehn einklagt, der Beklagte leistet in iure fünf, so wird, weil der Prätor die Klage auf die vollen zehn nicht gestattet, eine lis hinsichtlich der ersten fünf vermieden, hinsichtlich der zweiten fünf aber muß der Prätor, weil der Kläger dies verlangt („reliqua persequi“ der Stelle), eine Formel geben, einen iudex aufstellen, kurz, ein Prozeß entsteht ebenso und genau in der gleichen Art, wie wenn der Prätor „zehn“ in die Formel geschrieben hätte. Da muß im ersten Fall der Prätor noch eine Belehrung vorausschicken und dann die Formel auf die fünf gewähren, im letzteren Falle braucht er weiter nichts tun, da wir von der Judikatsklage, an die hier gar nicht gedacht ist, absehen können. Soll dieses Verfahren ein deminuere lites in dem von Schott gemeinten Sinne darstellen? Julian nimmt ja gerade an, daß eine lis dennoch zustande kommt! Er kann auch nicht meinen, daß dieses Verfahren nur bei der Hälfte des Verlangten zulässig sei. Das wäre widersinnig; dem widerspricht auch das „fundi partem“ der Stelle in seiner Unbestimmtheit. Der Sinn dieser Stelle ist offenbar der: Der Prätor ist nach Ansicht der Juristen dazu da, um Rechtsstreite zu schlichten; er ist Friedensrichter im wahrsten Sinne und hat, soweit es ihm eben gelingt, möglichste Einhelligkeit unter den Streitsteilen herbeizuführen. Er hat also die Streitigkeiten („lites“ s. D. 50, 16, 36) von dem Umfange, den sie einnahmen, tunlichst herabzumindern (deminuere). Das gehört, wie die Römer meinten, zum officium des Prätors als eines Friedensrichters, als eines Streitschlichters. Damit ist das Vorgehen des Prätors in dieser Stelle deutlich erklärt. Der Streit, der einen größeren Umfang einnahm, ist auf einen geringeren diminuiert worden. Viel zu weitgehend erscheint es, aus dieser Stelle, die sich an den geschilderten Sachverhalt anschließt und

nur mit diesem verstanden werden kann, auf ein allgemeines officium des Prätors zu schließen, Zivilprozesse überhaupt nach Kräften zu inhibieren. Diese Erklärung Schotts geht daher fehl. Die obige Auffassung wird auch dem „humanius ... facturus ...“, das Schott[133] mit Unrecht als nicht ganz in den Zusammenhang passend hinstellen will, gerecht. Es ist „aequius“, „humanius“, dem Rechtsempfinden über das Friedensrichteramt des Prätors entsprechender, wenn dieser gerade hier, wo er sich nicht besonders erst zu bemühen braucht, da der Beklagte selbst einen Teil der Leistung anbietet, den Kläger zwingt, diesen Teil anzunehmen und das begehrte Judizium um diesen Teil zu vermindern. Auch hier fühlt man eine Äußerung des Grundsatzes in Gaius IV, 57: „facilius reis praetor succurrit quam actoribus“ oder in D. 50, 17, 125: „favorabiliores rei potius quam actores habentur.“ Daß der Prätor tatsächlich diese Stellung eines Friedensrichters im weitesten Sinne hatte, beweist auch D. 5, 1, 21: da soll darauf gesehen werden, ob der Beklagte seine Schuld bekennt (hier hat er noch nicht freiwillig etwas angeboten) und zu zahlen bereit ist. Ist er dies, so soll ihm sogar noch eine Frist bestimmt werden. Daß hier an ein Verfahren in iure gedacht ist, ergibt sich deutlich aus dieser Stelle.

Aus dem Ausgeführten dürfte also erhellen, daß eine allgemeine Rechtspflicht für den Prätor, die Zahl der Zivilprozesse einzuschränken, aus D. 12, 1, 21 nicht abgeleitet werden kann. Daß der Prätor auch gar keine Veranlassung hatte, in dieser Richtung vorzugehen, um schikanöse Prozesse fernzuhalten, haben wir am Eingange dieses Abschnittes gesehen; daß er für Verringerung der Prozesse nicht mit Rücksicht auf seine eigene Arbeitslast sorgen mußte, wird der nächste Abschnitt darlegen.

§ 18.

Prätorische Hilfsbeamte und mandierte Jurisdiktion.

Nach dem oben Dargestellten war die Verhandlung in iure darüber, ob eine actio gegeben oder verweigert werden sollte, regelmäßig eine sehr sorgsame und eingehende. Auch Kipp[134] gibt zu, daß der Prätor vor dem Denegationsbescheid eine erschöpfende Prüfung des Streitverhältnisses — wenn nicht nur

[133] Schott I S. 69 N. 2.

[134] a. a. O. S. 2626.

formelle Mängel Denegationsgrund waren — vornahm. In den Fällen freilich, wo eine längere Beweisaufnahme unumgänglich war, da wird der Denegationsbescheid, den die Juristen als das nächstliegende Hilfsmittel da und dort erwähnen, hinter die Gewährung des iudicium mit inserierter exceptio zurückgetreten sein. Denn es war dann angezeigt, daß im Formularverfahren der mit „si ... paret" angewiesene iudex darüber befinden sollte. Jedoch war aber auch schon in iure eine genaue Untersuchung des Streitverhältnisses nach seiner rechtlichen Seite hin unbedingt erforderlich, denn der Prätor mußte, wollte er die richtige Formel geben, jedenfalls wissen, worauf es ankam. Diese Untersuchung kann aber im Einzelfalle ziemlich schwierig und zeitraubend gewesen sein. Davon, daß der Prätor selbst ein gebildeter Jurist gewesen sei, wissen wir nichts; die Frage wird von einigen sogar verneint[135]. Sollte nun ein Jurisdiktionsmagistrat, der oft durch bloße Volksgunst zu seinem Amte gelangt, ohne weiteres gleich geeignet gewesen sein, die schwierigsten, ihm vielleicht nur dem Namen nach bekannten Rechtsverhältnisse richtig zu beurteilen? Selbst wenn er, wie man weiß, in iure Juristen um sich hatte[136], ging das doch auf die Dauer nicht, wenn sie den Prätor nur durch Beraten unterstützten. Das mußte schwerfällig genug gewesen sein. Es kann auch kein die Autorität des Magistrates erhöhendes Moment bedeutet haben, wenn ein hilfloser Prätor vor der Öffentlichkeit von den Juristen förmlich instruiert worden ist. Man denke an die weitverzweigten prätorischen Tätigkeitsgebiete in der Millionenstadt Rom. Wir wollen von den Kaufsachen, die Schott[137] den Ädilen sämtlich überweisen will, ganz absehen, aber in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in Nachlaßsachen, bei den manumissiones, in iure cessiones, adoptiones war er doch ebenso zuständig wie in der streitigen Rechtspflege. Auch die Vormundschaftssachen nahmen ein erhebliches Gebiet ein: vgl. D. 26, 10, 1 pr.: „cottidie suspecti tutores postulantur" oder D. 27, 2, 1 pr.: „solet praetor frequentissime adiri, ut constituat, ubi filii ... alantur." Bei diesen Angelegenheiten sind freilich in späterer Zeit die verschiedenen Spezialpräturen nicht zu übersehen. Allein gegen das Ende der Republik, wo diese Geschäfte zum Teil noch zum praetor urbanus ressortierten,

[135] so bei Schott II S. 35 ff.

[136] Schott II S. 37 ff.

[137] Schott I S. 150, II S. 40 ff.; s. dagegen Bekker in Z. Sav. St. 24 S. 359 N. 1.

muß dessen Geschäftslast dadurch ganz erheblich angeschwollen sein. Da nun auch die dies nefasti in Betracht kommen, so mußten sich an den eigentlichen Gerichtstagen die Prozesse ganz erheblich häufen. Da sah der Prätor dann eine ganze Reihe von Menschen vor sich vorbeiziehen, sollte die Personalien feststellen, den Streit untersuchen, bei der Abfassung der Formel behilflich sein, sollte jeden Fall zur Orientierung über das Rechtsverhältnis bis ins genaueste in iure prüfen, sollte vielleicht gar noch bei der Litiskontestation zugegen sein. Man wird zugeben müssen, dieser eine Beamte mußte, wollte er nur einigermaßen diesem Andrange gerecht werden, über eine ungeheure Geschäftsgewandtheit verfügt haben. Wenn er nun aber, wie es sicher mitunter vorkam, kein besonders geeigneter Jurist gewesen ist, in was für Situationen mag ihn das an den Gerichtstagen gebracht haben? Wohl wird angenommen[138], daß der Prätor ein geschultes Kanzleipersonal um sich hatte. Aber was nützten ihm diese Leute viel, wenn sie nicht selbstständig entscheiden durften, wenn die causae cognitio doch wieder in gar jeder Sache auf den Prätor selbst zurückfiel? Man stelle sich das Gehaste, Gedränge in iure vor, die lückenlose Aufeinanderfolge von Prozessen, das sich immer neue Hineindenken in einen anderen Tatbestand, der verwickelt genug sein konnte, durch den gleichen Beamten. Der sollte da bei einer in iure cessio zugegen sein, dort eine bonorum possessio erteilen, im dritten Falle eine actio in factum über einen schwierigen neuen Tatbestand abfassen. Was für Unzuträglichkeiten dies im Gefolge haben mußte, ist klar; man denke nicht zuletzt an die murrenden Petenten, denen der Betrieb viel zu langsam ging. Was man heutzutage einem juristisch geschulten Richter in einem kleinen Bezirke nicht zumutet, das sollten in der Weltstadt des alten Rom zwei Prätoren, denen die Kenntnis der Fülle von Edikten nicht immer gegenwärtig sein mochte, ganz allein bemeistert haben? Ganz besonders am Anfang ihrer Amtszeit, wo sie überhaupt noch keine Praxis hatten, drängten sich noch dazu die Prozesse zusammen[139]. Zu welchen Ergebnissen hätte das führen müssen? Ein blindes Hineingreifen in das Formelsystem und eine Reihe unrichtiger Urteile, was infolge der Konsumptionswirkung des iudicium acceptum und des Mangels von Rechtsmitteln gegen den Geschworenenspruch

[138] Wenger, a. a. O. S. 137.

[139] Bülow, a. a. O. S. 81.

für die Rechtssicherheit sehr nachteilig hätte wirken müssen, wäre die Folge gewesen. Und doch finden wir keine Klagen über solche Fälle, die, wenn man der gewöhnlichen Anschauung über die Geschäftsbehandlung in iure folgt, fast unausbleiblich gewesen sein müßten. Auch Bekker[140] hat die immense Arbeitslast des prätorischen Amtes anerkannt.

Der Schluß, den man ziehen muß, um einerseits der Prüfungsfähigkeit der Denegationsfälle in dem quellenmäßigen Umfange gerecht zu werden und sich andererseits mit einem geregelten glatten Gang der Verhandlungen in iure abzufinden, ist, daß man zu der Ansicht kommt: der Prätor hat nicht alle Fälle selbst behandelt, er hat um sich eine Reihe von erfahrenen Mitarbeitern, die ihm einen Teil der Arbeitslast abnehmen. Wenn die Juristen in ihren Schriften dieses rechtskundige Hilfspersonal nicht eigens nennen, so ist das nicht weiter verwunderlich, weil die iurisdictio die des Prätors bleibt und alles, was in iure geschieht, auf ihn bezogen wird, weil er eben der magistratus cum imperio ist. Folgen wir diesem Weg, so ergeben sich keine Schwierigkeiten weiter, das Verfahren in iure vom Gesichtswinkel des Denegationsrechtes her zu verstehen. Auch die Quellen geben uns Anhaltspunkte dafür, daß das Verfahren vor dem Jurisdiktionsmagistrat in der eben angedeuteten Art tatsächlich vor sich ging.

Für das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit finden sich Anzeichen dafür, daß der Jurisdiktionsmagistrat nicht gar alle Sachen selbst verbeschieden hat. So scheint die sich in den Quellen öfters findende Unterscheidung zwischen decretum de plano und decretum pro tribunali nicht nur eine verschiedene Verfahrensart mit größerer oder geringerer Solennität zu bedeuten, sondern auch auf die Notwendigkeit einer persönlichen Prüfung durch den Inhaber der Jurisdiktion selbst im letzteren Falle hinzuweisen, wogegen im ersteren Falle dies nicht notwendig erscheint. So finden wir in D. 37, 1, 3, 8; D. 38, 15, 2, 1, 2 (s. a. D. 3, 5, 25) hinsichtlich der bonorum possessio eine verschiedene Art der Erteilung, die uns zugleich auf verschiedene Personen schließen läßt, welche das Dekret erlassen. Die angeführten Stellen unterscheiden eine bonorum possessio, welche gegeben wird „pro tribunali“ und eine solche, welche „de plano“ erfolgt. Der letzteren wird in D. 38, 15, 2, 1

[140] Z. Sav. St. 24 S. 359 N. 1.

die im Edikt angekündigte causae cognitio pro tribunali gegenübergestellt, auf welche sich das folgende „per ipsum praetorem" bezieht; hier heißt es „sedit praetor pro tribunali". Was das „decretum de plano" anlangt, so ist die Ansicht am meisten vertreten, daß es einen obrigkeitlichen Ausspruch bedeutet, der nicht an ordentlicher Gerichtsstelle und ohne Untersuchung des Sachverhaltes auf einseitigen Antrag gegeben wird[141]. Sohm meint, es handle sich um einen Bescheid, den zwar der Prätor erteilt, aber nicht in feierlicher Sitzung, sondern irgendwo[142]. Ähnlich Salkowski[143], der das weitere Eingehen auf die Sache selbst bestimmend sein läßt. Es gilt, den Begriff des decernere de plano, der nicht auf die Agnoszierung der bonorum possessio beschränkt bleibt, näher zu erforschen. Dazu können uns besonders zwei Digestenstellen von Nutzen sein: einmal D. 48, 16, 1, 8 mit D. 48, 18, 18, 10 und dann D. 40, 2, 7. Die beiden ersteren Stellen behandeln zwar ein publicum iudicium, allein die Bedeutung des postulare pro tribunali wird hier kaum eine wesentlich andere gewesen sein. In D. 40, 2, 7 ist dem „manumittere pro tribunali" gegenübergestellt ein „manumittere in transitu": hier offensichtlich eine außerhalb der Gerichtsstätte erfolgende prätorische Amtshandlung, bei welcher der Prätor nur präsent zu sein brauchte. Dieser symbolische Akt konnte vor dem irgendwo angetroffenen Prätor vorgenommen werden, selbst wenn dieser sich auf einer privaten Ausfahrt zum Vergnügen befand. Es fragt sich nun, ob mit dem decretum de plano eine Tätigkeit des Jurisdiktionsmagistrates von gleicher Art verstanden wird. In D. 48, 16, 1, 8 heißt es: „... abolitio privatim a praesidibus postulari ... solet, item pro tribunali, non de plano." Hier ist „de plano" offensichtlich im Gegensatz zu „privatim" gebraucht; dem privatim werden andererseits als Gegenstücke das „pro tribunali" und das „de plano" gegenübergestellt. Mit dem „privatim" dieser Stelle will aber offenbar gesagt sein, daß das postulare auch vor dem Magistrat geschehen kann, solange er nicht in dieser Eigenschaft öffentlich amtiert. Aus dieser Stelle dürfte sich also ergeben, daß jedes nicht öffentliche Tätigwerden des Beamten und ein decernere de plano verschiedene Dinge sind. Letzteres ist daher jedenfalls öffentlich, aber eben kein decernere pro tribunali.

[141] Heumann-Seckel, a. a. O. S. 432, 433.
[142] Institutionen 1911 S. 375 N. 4.
[143] Institutionen 1907 S. 477, II.

So dürfte die schon früher vertretene Meinung[144], daß das decretum de plano in iure verfloß, aber nicht in der feierlichen Form wie jenes durch den Inhaber der iurisdictio selbst pro tribunali, der Wahrheit am nächsten kommen. Es liegt daher nahe, daß das decernere de plano ein Entscheid ist, den nicht der Jurisdiktionsmagistrat selbst, qui sedet pro tribunali, sondern ein Unterbeamter erläßt. Dafür spricht weiter, daß de plano Fälle entschieden werden, die offenbar einfacher gelagert sind, während die wichtigeren, welche causae cognitionem voraussetzen, pro tribunali verhandelt werden sollen, s. D. 48, 2, 6: levia crimina et discutere et audire de plano proconsulem oportet. Diese Stelle dürfte keineswegs beweisen, daß der proconsul in eigener Person hier tätig werden mußte. Denn einmal sind persönliche Redewendungen der römischen Sprachweise auch dann geläufig, wenn niemand an eine persönliche Tätigkeit der betreffenden Person denkt — man denke an das bekannte Caesar pontem fecit und ähnliche Wendungen — und andererseits stehen die Quellen nicht an, wo sie die persönliche Tätigkeit betonen wollen, von „ipse praetor", „per ipsum praetorem" z. B. D. 38, 15, 2 zu reden.

Die gleiche Unterscheidung zwischen einem decretum de plano und einem solchen, das pro tribunali erfolgt, findet sich bei der Impetrierung der cautio damni infecti (D. 39, 2, 4, 8). Hier wird hinsichtlich des iudicium gegen den, der die cautio verweigert oder ungehorsam ist, vorgeschrieben, daß es nur gegeben wird, „si postulatum est". „Postulare" bedeutet hier offensichtlich etwas Spezifisches und ist nicht mit dem allgemeinen postulare in D. 3, 1, 1, 2 zu identifizieren. In D. 39, 2, 4, 8 wird von einer „condicio ... si postulatum est" gesprochen. Da es überflüssig wäre, dies eigens anzudeuten, weil ein iudicium ein postulare doch immer voraussetzt, muß hier der letztere Ausdruck in einem ganz bestimmten Sinne gebraucht sein. Es bedeutet eben hier ein postulare pro tribunali und darf, wie die Stelle beifügt, nicht „alibi" geschehen: hier war also der Prätor selbst, der die missio schon zugelassen hatte, zuvor noch eigens zu hören, das konnte einer seiner Unterbeamten nicht tun. Auch hier findet sich in D. 39, 2, 13, 15 die Wendung „ipse praetor". Daß ein Unterbeamter in diesem Falle tätig werden konnte, sagt das Edikt selbst: „decreto

[144] Pauly, Realenzyklop. d. klass. Altert.-Wissensch., alte Sammlung, Bd. 4, 1846, S. 378.

meo eiusve, cuius de ea re iurisdictio fuit quae mea est" (D. 39, 2, 7 pr.). Hier bekommt also der Prätor vorerst nochmals Kenntnis von der Sachlage und nur er gibt das iudicium, „actio dabitur" (l. 4 § 10 h. t.). Also auch hier bestand die Einrichtung, daß der Prätor Unterbeamten Weisungen erteilen konnte und daß gewisse Akte nicht geschehen durften, ohne daß sie der Prätor in eigener Person pro tribunali zuließ. Aus den Ediktsworten „cuius ... iurisdictio fuit" kann man natürlich nicht folgern, daß nur ein einziger Unterbeamter in Frage kam. Der Prätor meint hier offenbar eben den Hilfsbeamten, dem gerade bezüglich dieser cautiones („de ea re") die Jurisdiktion übertragen worden ist.

Die aus der Unterscheidung des petere pro tribunali bezw. de plano eben gezogenen Folgerungen, daß es sich hier um mandierte Jurisdiktion handelte, wonach der Prätor nur in den wichtigsten Fällen dieser Art pro tribunali dekretierte, während gewisse Gruppen de plano von Unterbeamten verbeschieden werden konnten, gewinnen durch D. 1, 21, 4, 1 eine starke Stütze, da gerade diese Digestenstelle in den Fällen der bonorum possessio und der cautio damni infecti von mandierter Jurisdiktion spricht. In den Quellen finden sich aber noch verschiedene andere Anzeichen dafür, daß prätorische Hilfsbeamte auch anderweitig eine selbständige Sachbehandlung vornahmen. So sind alle Fälle, wo von *ipse* praetor die Rede ist, z. B. D. 5, 1, 2, 6; D. 46, 5, 1, 9 als Besonderheiten zu beachten. Letztere Stelle spricht ausdrücklich: „ipse praetor debet ... summatim cognoscere." Auch aus Inst. 4, 16, 3 mit D. 2, 4, 4; 23 ergibt sich deutlich, daß es Fälle gab, wo es gerade darauf ankam, sich an den Prätor selbst zu wenden. Solche Fälle erscheinen aber nach der Sprache der Quellen als Ausnahmen. Man beachte in diesem Zusammenhange ferner die Wendung in D. 5, 1, 1: iudicis qui tribunali praeest vel aliam iurisdictionem habet.

Die mandierte Jurisdiktion hat sich aber keineswegs auf die freiwillige Gerichtsbarkeit beschränkt. Schon die Tatsache, daß sie bei der cautio damni infecti in Übung war, die doch in einen Prozeß über die Berechtigung des Anspruches hinauslief, deutet auf eine allgemeine Übung hin. Die Quellen sprechen sich übrigens über die mandierte Jurisdiktion ganz allgemein aus, so daß nichts im Wege steht, anzunehmen, daß prätorische Hilfsbeamte[145] auch im Formularprozeß selbständig an Stelle des Prätors vorgehen

[145] Mommsen, Röm. Staatsrecht, 2. Aufl. Bd. 1 S. 212, 213.

konnten. D. 2, 1, 16 und 17 sprechen den deutlichen Grundsatz aus: „solet praetor iurisdictionem mandare: et aut omnem mandat aut speciem unam: et is cui mandata iurisdictio est, fungetur vice eius qui mandavit, non sua“ und l. 17 h. t.: „praetor ... universam iurisdictionem mandare alii potest ... et in personas certas ... vel de una specie.“ Angesichts dieser Stellen kann nicht angenommen werden, daß sich das mandare iurisdictionem nur auf solche Fälle bezogen habe, wo etwa die municipia, wie in D. 39, 2, 1; 4 pr., prätorische Geschäftsaufgaben übertragen erhielten. Dagegen spricht auch D. 1, 21, 1 pr., wo für den Regelfall gesagt ist, daß die Jurisdiktion „etiam a praesente“ mandiert werden könne, ein Grundsatz von weitestgehender Bedeutung[146]. Was von den Prätoren gilt, trifft auch bei den Provinzialstatthaltern zu[147].

Man könnte nun gegen all das einwenden, es sei nicht genügend klar, ob sich die angeführten Stellen überhaupt für den Formularprozeß verwenden lassen. Da wäre noch nachzuweisen, daß der beauftragte Jurisdiktionsträger einen iudex bestellen konnte und weiter, daß für den Formularprozeß unverdächtige Berichte über dieses Mandierungsrecht und seine Handhabung im Zivilprozeß vorliegen. Den Beweis für das erstere liefert D. 1, 16, 12, wo ausdrücklich bestätigt ist, daß der mit mandata iurisdictio Betraute das Recht hat, einen iudex zu bestellen.

Bevor wir auf die zweite Frage eingehen, wollen wir untersuchen, wie eigentlich diese prätorischen Hilfsbeamten genannt wurden. In D. 40, 2, 5 ist uns ein „consilium praetoris“ überliefert. Wie dieses zusammengesetzt war, darüber fehlen uns feste Anhaltspunkte, auch ist nicht sicher, ob dasselbe in prozessualen Dingen angegangen wurde[148]. Wirkliche prätorische Hilfsbeamte kommen unter der Bezeichnung *arbitri* vor. Daß solche nicht nur gleich dem iudex unus und den recuperatores, zwischen welchen die Parteien das Wahlrecht hatten[149], rein richterliche Funktionen ausübten, zeigt uns ein kurzer Überblick auf die von ihnen handelnden Digestenstellen[150]. Es finden sich hier arbitri, die, vom Jurisdiktionsmagistrat aufgestellt, mit besonderer Sachkenntnis zu

---

[146] Mommsen, a. a. O. Bd. 1 S. 217 N. 2.

[147] s. D. 1, 16, 5 und Mommsen a. a. O. Bd. 1 S. 224.

[148] Mommsen, a. a. O. S. 290 N. 1.

[149] Wlassak, Röm. Proz.-Ges., Bd. 1 S. 107, Bd. 2 S. 309.

[150] gute Übersicht bei Heumann-Seckel a. a. O. S. 38.

untersuchen und daraufhin zu verurteilen oder freizusprechen hatten (s. D. 10, 2, 47 pr.; D. 11, 7, 14, 7; D. 49, 1, 28, 2); im Kognitionsverfahren pflegten sie zur Entscheidung bestellt zu werden „cum controversia et conputatio difficilior esset" (D. 42, 2, 7). Es finden sich aber auch Unterbeamte des Jurisdiktionsmagistrates, arbitri genannt, deren Aufgabe es war, den Prätor in der allgemeinen Jurisdiktion zu unterstützen. Sie wurden bei friedlichen Auseinandersetzungen beigezogen (z. B. D. 14, 4, 7, 1; D. 35, 3, 1, 6), als Gutachter zur Vermeidung von Streitigkeiten angegangen (D. 8, 3, 13, 1; D. 8, 2, 11, 1; D. 37, 9, 1, 25) und hatten da gewisse Zwangsrechte („cogunt": D. 7, 1, 7, 3; D. 25, 3, 5, 25). In dieser Eigenschaft müssen sie natürlich rechtskundige Mitarbeiter des Prätors gewesen sein und mit ihm in Fühlung gestanden haben, der sie auch zu ihrer Tätigkeit berief (arbitrum in hanc rem praetor debebit dare: D. 14, 4, 7, 1). Dieses Arbeitsfeld der arbitri zeigt, daß man sie zum Teil unter das polizeiliche, zum Teil unter das sachverständige Hilfspersonal des Jurisdiktionsmagistrates einzureihen hat. Entscheidungsfunktionen in iure werden uns hinsichtlich der arbitri nicht berichtet.

Die gewöhnliche Hilfsbeamtenschaft eines jeden Magistrates wird apparitio genannt[151]. Eine solche hatte natürlich der Prätor bei der Fülle seiner Funktionen ganz besonders nötig. Unter diesen apparitores werden uns in den Quellen *lictores* genannt. Über deren Funktionen im Zivilprozeß der klassischen Zeit wissen wir nichts. Aus D. 40, 2, 8 ist zu entnehmen, daß sie bei solennen Geschäften, die vor dem Prätor vorgenommen wurden, anwesend zu sein pflegten; in späterer Zeit konnten manumissiones vor den lictores allein vorgenommen werden (D. 40, 2, 23). An einigen Stellen sprechen die Quellen von *apparitores* ganz allgemein. Diese apparitores erscheinen hier sämtlich als Spezialbeamte für Exekutionen, so in D. 4, 2, 23, 3; D. 11, 4, 3; D. 21, 2, 50. Daraus kann aber nicht gefolgert werden, daß es unter den apparitores nicht auch solche gab, welche den Prätor in der eigentlichen iurisdictio unterstützten und neben ihm selbständig fungierten. Im Gegenteil, die Bedeutung der apparitores darf gerade bei der Prätur nicht unterschätzt werden. Diese auf Lebenszeit gegen Gehalt in ihren Sparten tätigen apparitores besaßen einen ganz

[151] Mommsen, a. a. O. Bd. 1 S. 318 ff.

außerordentlichen Einfluß[152], der sicher darauf zurückzuführen ist, daß sie zu unentbehrlichen Spezialisten ersten Ranges auf den verschiedenen Gebieten des Zivilrechtes geworden sind. Schon gegen Ende der republikanischen Zeit war die mandata iurisdictio dieser apparitores offenbar üblich und der klassische Formularprozeß stand ganz ohne Zweifel schon sehr stark unter dem Einfluß dieser prätorischen Hilfsbeamten. Einen direkten Beweis hiefür liefert uns Cicero in de leg. 3, 3, 8 und 3, 20, 46. In der erstgenannten Stelle schreibt er: „iuris disceptator, qui privata iudicet iudicarive iubeat praetor esto. is iuris civilis custos esto." Die custodia iuris civilis ist also nach Cicero Sache des Prätors. In der zweiten Stelle bemerkt er: „legum custodiam nullam habemus. itaque hae leges sunt, quas apparitores nostri volunt." Bei der custodia legum denkt Cicero nicht an die Gesetzgebung, sondern an die Justiz, an die Anwendung, Ausgestaltung des Rechtes, denn nur hier kann in der republikanischen Zeit ein Einwirken der apparitores in Betracht kommen. Hier aber, meint Cicero, bestehe die Praxis dahin, daß „hae leges sunt, quas *apparitores* nostri volunt". Damit will er gerade sagen, daß diese apparitores und in erster Linie die prätorischen eine ganz außerordentliche Bedeutung auf die Rechtsausgestaltung und Rechtsfortbildung erlangt haben. Vielleicht haben Cicero bei der Niederschrift dieses Satzes einige bekannte Prätoren mit mangelnder Geschäftserfahrung vor Augen geschwebt, die in allem ihre Apparition gewähren ließen. Aus dieser Stelle ist jedenfalls mit Sicherheit zu entnehmen, daß die apparitores schon im Formularprozeß der Republik auf die materielle Sachentscheidung einen bestimmenden Einfluß gewonnen haben, nachdem ihnen als langjährigen und erfahrenen Rechtsspezialisten von manchem wenig geschäftssicheren Prätor freie Hand in der Zivilrechtspflege gelassen wurde. Bei Berücksichtigung dieser schon in der republikanischen Zeit in weitem Umfange üblichen Mandierung der Jurisdiktion an die juristisch routinierten prätorischen Hilfsarbeiter begreift sich leicht, wie in iure trotz der unleugbaren großen Geschäftslast so umfassende Untersuchungen, wie wir sie bei einer Reihe von Denegationsfällen gefunden haben, möglich gewesen sind. Wir müssen daher wohl mit der Bekkerschen Auffassung brechen, daß in iure das Verfahren ein sehr

[152] Mommsen, a. a. O. Bd. 1 S. 322 ff., 329.

flüchtiges gewesen sei[153]. Denn dann schiene auch die ganze Einrichtung der Trennung von ius und iudicium etwas rein Formales, das keinen inneren Daseinsgrund hätte, wenn doch die Hauptuntersuchung erst ins iudicium überwiesen werden sollte. Es erscheint aber unumgänglich, daß Rechtsfragen, die für die Formelerteilung selbst von grundlegender Bedeutung waren, in iure geprüft wurden, Beweiserhebungen dagegen der Regel nach an den iudex kamen. War aber zur Klärung von Rechtsfragen, die für die Formelerteilung selbst von Wichtigkeit waren, Beweiserhebung notwendig, dann bestand auch in iure kein Hinderungsgrund, diese Beweise gleich hier aufzunehmen.

Es dürfte also erwiesen sein, daß die Sachprüfung in iure nicht nur umfassend nach Ansicht der Juristen vorgenommen werden sollte, sondern auch ohne Beeinträchtigung der Verhandlungen in iure vorgenommen werden konnte, da dem amtierenden Jurisdiktionsmagistrat eine Reihe von selbständig handelnden Apparitoren zur Seite stand. Daß ein energischer Prätor die Tätigkeit seiner delegati genügend überwachte, darf angenommen werden; andererseits wird es aber auch vorgekommen sein, daß die erfahrenen Hilfsbeamten schneller und besser arbeiteten als der amtierende Magistrat selbst. Daß sich eine Reihe von Prätoren bei den Juristen der größten Hochachtung erfreuten, ist bekannt (s. z. B. auch D. 29, 2, 99: „sanctum Cassium praetorem"). Aus der Natur der Sache ergibt sich von selbst, daß das Bestehen der mandata iurisdictio, verbunden mit dem umfassenden Denegationsrecht der Unterbeamten, das schon im Formularverfahren von Bedeutung war, die einfachste Brücke zum Kognitionsprozeß der späteren Zeit gewesen ist. Vielleicht sind auch hier die Anfänge des Appellationsrechtes zu suchen, da sich schon bei der mandierten Jurisdiktion im Formularverfahren Fälle ereigneten, daß der Bescheid des Mandatars vom Inhaber der Jurisdiktion abgeändert und aufgehoben wurde[154].

Was das Denegationsrecht betrifft, so muß nach dem eben Ausgeführten eine Appellation gegen den Denegationsbescheid des Unterbeamten mit mandata iurisdictio an den Inhaber der iurisdictio zugegeben werden. Denn es sind uns Fälle aus der mandierten

[153] s. Schott I S. 150; Bekker, Z. Sav. St. Bd. 24 S. 359; Aktionen II S. 6.
[154] Mommsen, a. a. O. Bd. 1 S. 225.

Jurisdiktion im Formularprozeß überliefert, in welchen der Inhaber der Jurisdiktion Bescheide seiner Mandatare reformierte, ja sogar so weit, daß er Geschworenensprüche umstoßen konnte, da mit dem Dekret des Mandatars, das dieses Gericht niedergesetzt hatte, auch dieses selber fiel[155].

§ 19.
Ergebnisse.

Wir wollen hier die hauptsächlichsten Ergebnisse dieser Untersuchung kurz zusammenstellen:

1. Eine strenge Scheidung zwischen denegare actionem im prozessualen und im materiell-rechtlichen Sinne ist dem römischen Rechte fremd.
2. dare actionem ist identisch mit non denegare. „Denegare actionem" hat für die prätorische Rechtsentwicklung und Rechtsausgestaltung dieselbe Bedeutung, wie das gesamte Aktionensystem überhaupt, nämlich prätorische Rechtsfortbildung gegenüber dem alten ius civile und den legis actiones. Das Prinzip der denegatio actionis, der exceptio des früheren Rechtes, wie das der exceptio im engeren Sinne liegt in der *aequitas*. Der Praetor bedient sich des Denegationsrechtes, um das ius civile, soweit er es übernimmt, weiterzubilden und um seine eigenen Rechtsgrundsätze über das alte Volksrecht hinaus und selbst gegen dasselbe auszugestalten und zu erzwingen. Das Denegationsrecht wird schließlich auch dazu verwendet, um gewisse prozessuale Rechtsgrundsätze, die im Laufe der Zeit üblich wurden, auszubauen. So dient das Denegationsrecht schließlich auch der Wahrung bestimmter Verfahrensregeln. In der das Denegationsrecht beherrschenden starken Einwirkung der aequitas liegt nichts Außergewöhnliches, ja nicht einmal etwas, was nur dem römischen Recht eigentümlich wäre. Dies ist eine bei Mangel kodifizierten Rechtes nicht selten anzutreffende Erscheinung, die sich im Verfahren vor dem fränkischen Königsgericht wiederholt und in der großen Bedeutung der equity im modernen englischen Recht[156] ein Gegenstück hat.

[155] Mommsen, a. a. O. Bd. 1 S. 225 N. 3.

[156] Schirrmeister, Das bürgerliche Recht Englands, Berlin 1905, Bd. 1 S. V.

3. Der Denegationsbescheid ist bald Sachentscheidung, bald bloße absolutio ab instantia, je nachdem der Anspruch selbst sachlich verbeschieden wird oder nicht.
4. denegatio actionis und exceptio laufen im späteren klassischen Formularprozeß parallel nebeneinander; für die Anwendung bald dieser bald jener Verfahrensart kommt es, wenn zur Prüfung des Anspruches selbst geschritten wird, auf die Liquidität der Einrede an; denegatio actionis erfolgt dann, wenn die Einrede liquid ist, vorausgesetzt, daß ihr nicht eine replicatio entgegengesetzt werden kann. Ist aber ein Mangel im Verfahren Denegationsgrund, oder kommt denegatio actionis als Strafe oder Zwangsmittel gewisser Art dem Kläger gegenüber in Betracht, so ist Denegationsbescheid der einzig gangbare Weg. Gewisse exceptiones der Quellen waren stets Denegationen. Die Bezeichnung „exceptio“ hat bei denselben rein historische Bedeutung.
5. Konsumptionswirkungen haften dem Denegationsbescheid nicht an. Bei Verbescheidung des Anspruches selbst dürfte jedoch der Beklagte schon durch die Autorität des wohlbegründeten magistratischen Denegationsbescheides und infolge der Strafen gegen ein „temere litigari“ dem Kläger gegenüber ausreichend geschützt gewesen sein. Ob es mitunter vorkam, daß der Prätor, wenn der Beklagte „res iudicata“ auf Umwegen erzwingen wollte, dem Beklagten — etwa durch Anordnung einer Pönalstipulation — den Denegationsbescheid ebenso annehmbar machte wie ein Urteil, entzieht sich unserer Kenntnis.
6. Der Denegationsbescheid setzt regelmäßig einen Antrag nicht voraus. Antragsinteressenten können sowohl der Kläger als der Beklagte sein. Interzession gegen den Bescheid ist ausgeschlossen; jedoch kann selbst der gleiche Jurisdiktionsbeamte, der ihn erließ, ungeachtet seines ersten abweisenden Bescheides jederzeit dem Kläger in derselben Sache nach erneuter Prüfung die Aktion gewähren. Eine Aufhebung des Denegationsbescheides des Unterbeamten durch den Inhaber der Jurisdiktion ist bei mandierter Jurisdiktion auch im Formularverfahren möglich gewesen.
7. Das „denegare iurisdictionem“ ist im Gegensatz zum „denegare actionem“ ein außerordentliches Koerzitionsmittel gegen einen

Ungehorsamen mit der Folge, daß dem davon Betroffenen jederlei Rechtshilfe in jeder Sache unmöglich gemacht wird.

8. Die Institute der denegatio actionis und der in integrum restitutio stehen in mancherlei inneren Beziehungen. Dagegen kommt gegenüber einer actio denegata eine restitutio in integrum nicht in Betracht.
9. Von einem allgemeinen officium des Prätors, für Verminderung der Prozesse Sorge zu tragen, kann keine Rede sein. Die Deutung der l. 21 D. 12, 1 im Schott'schen Sinne ist unhaltbar. Diese Stelle beleuchtet lediglich das Amt des Prätors als Streitschlichters.
10. Die Verhandlungen in iure waren keineswegs nur flüchtig. Zu der bei einer Reihe von Denegationsfällen überlieferten umfassenden Untersuchung befähigten den Prätor schon zu Ciceros Zeiten eine Anzahl von Hilfsbeamten mit mandata iurisdictio.

Quellenverzeichnis.*

Digesten.

	Seite
1, 6, 6	9
1, 7, 34	20
1, 14, 3	54
1, 16, 5	79
1, 16, 12	79
1, 21, 1 pr.	79
1, 21, 4, 1	78
2, 1, 1	60
2, 1, 10	13
2, 1, 16, 17	79
2, 2, 1 pr.; 2; 3, 5	13, 24, 39
2, 2, 3, 7	20
2, 3, 1, 1	60
2, 4, 2—6	14
2, 4, 4; 23	78
2, 4, 11	60
2, 5, 2	13
2, 8, 4	15
2, 9, 3	9, 31
2, 11, 10, 2	21, 23
2, 11, 15	9, 22, 33
2, 13, 1	2
2, 14, 7, 2	40, 43
3, 1, 1, 2, 3; 5	14, 54, 60, 77
3, 1, 1, 6	4
3, 1, 7	14
3, 2, 1	14
3, 3, 8 pr., 3; 9—13	29, 30
3, 3, 13	42
3, 3, 25	54
3, 3, 28	33
3, 3, 39, 3	15
3, 3, 40 pr., 4*; 42; 43, 4	15, 32, 46
3, 3, 60, 61	18, 33
3, 3, 74	13
3, 4, 3	4, 15
3, 4, 6, 3	33
3, 5, 9 pr.; 33	40
3, 5, 20 pr.	40
3, 5, 25	75
3, 6, 3, 3	20
3, 6, 5, 1	25
4, 1, 7 pr, 1	67, 25
4, 2, 9, 3	39, 55
4, 2, 17	27, 40
4, 2, 21, 6	55
4, 2, 23, 3	80
4, 3, 1, 4	26
4, 3, 1, 5	8, 20
4, 3, 7, 6—10*; 13*	19, 27, 40
4, 3, 9, 5; 11	26
4, 3, 15	25
4, 3, 18, 5	22
4, 3, 25	19, 26, 64

* Die mit * bezeichneten Quellenstellen sind im Nachstehenden berichtigt.

Seite

4, 4, 12 24
4, 4, 25 pr., 1; 35 . . 4, 40
4, 4, 27, 1 . . . . . 8, 27, 30, 68
4, 4, 37, 1 29
4, 6, 26, 4 . . . . . 37, 56
4, 6, 26, 6 . . . . . 4, 29, 59, 60, 65, 67
4, 7, 3, 4, 5 27
4, 7, 12 20
4, 8, 21, 9 . . . . . 13, 47
4, 8, 21, 12 19
4, 9, 6 pr. 9, 27
4, 9, 7, 6* 22, 24

5, 1, 1 78
5, 1, 2, 6 78
5, 1, 4 14
5, 1, 5* 13
5, 1, 21 72
5, 1, 24—26 . . . . 13, 30, 43
5, 1, 75 . . . . . 30, 33
5, 1, 79 pr. 70
5, 1, 81 65
5, 2, 8, 12 pr., 15; 31, 3, 4; 32 35
5, 2, 21 pr., 1 . . . 44, 56
5, 3, 43 . . . . . 29, 31
5, 6, 3, 1 24

6, 1, 43 40

7, 1, 7, 3 80
7, 1, 13 pr. 31, 56
7, 1, 17, 2 31
7, 1, 56 40

8, 2, 11, 1 80
8, 3, 13, 1 80

9, 2, 28; 29, 3, 4; 30, 1 . 9, 27
9, 3, 5, 2 40
9, 3, 5, 12; 13 . . . 22, 27, 40
9, 4, 4, 3 19
9, 4, 14 pr. 33
9, 4, 21, 6 46
9, 4, 27 pr. 31, 48
9, 4, 29 64
9, 4, 31 19

Seite

10, 2, 47 pr. 80
10, 4, 3, 8 26

11, 4, 3 80
11, 5, 1 pr., 1 . . . . 20, 27, 29, 69
11, 6, 3 pr., 5 . . . . 19, 22
11, 7, 9 21
11, 7, 14, 7 80

12, 1, 19 pr. 20
12, 1, 21 . . . . . 18, 44, 70 ff.
12, 2, 7 . . . . . 18, 20
12, 2, 9 pr., 5 . . . . 18, 24, 46, 47
12, 2, 35, 1 . . . . 4, 18
12, 2, 37 . . . . . 14, 31
12, 4, 3, 7 44
12, 6, 2, 1 40

13, 5, 5, 1 13
13, 5, 22 . . . . . 20, 21, 54
13, 6, 3 pr. 40
13, 6, 6 19
13, 7, 20, 3 22
13, 7, 41 64

14, 1, 7 27
14, 3, 16 27
14, 4, 7, 1 80
14, 5, 2, 1 40
14, 5, 4, 5 . . . . . 6, 18
14, 6, 1 pr., 1; 7, 6*; 9, 2 . 20, 24, 27, 48, 58

15, 1, 3, 8 27
15, 1, 42 23
15, 1, 47, 1 24
15, 2, 1, 7 27
15, 3, 20, 21 40
15, 4, 1, 9 40

16, 1, 2, 1 . . . . 20, 39, 48
16, 1, 19, 5 27
16, 1, 32, 4 51
16, 3, 31 pr., 1 . . . 39

17, 1, 40, 41 . . . . 5, 6, 25, 37
17, 1, 45, 5 40
17, 1, 51 20

	Seite
19, 5, 1, 2; 16 . . .	37, 40
19, 5, 11	17, 27
20, 6, 11	22
21, 1, 47	8, 22
21, 2, 25	22
21, 2, 50	23, 80
21, 2, 56, 1	19
23, 2, 58	40
23, 3, 48	27
24, 1, 67	20
24, 2, 11 pr.	37
24, 3, 22, 3; 5 . . .	11, 19, 29
24, 3, 22, 6	9, 29, 47, 69
24, 3, 31, 2	33
24, 3, 34	21, 47, 69
24, 3, 45; 46	27, 40, 58
25, 2, 3, 4*	15, 22
25, 3, 5, 25	80
25, 4, 1, 10, 15 . . .	20
26, 2, 28	28
26, 6, 4, 3	29
26, 7, 2 pr.	33
26, 9, 5 pr., 1	33, 64
26, 9, 8	40
26, 10, 1 pr.	73
26, 10, 3, 1	35
27, 1, 32; 36 pr., 37, 1 .	28, 30
27, 2, 1 pr.	73
27, 2, 1, 3	28
27, 3, 1, 2	4, 8, 30
27, 6, 8	19
27, 8, 1, 8; 6 . . .	40
27, 8, 6, 7	40, 64
27, 9, 10	9, 19
28, 4, 1, 3	9, 21
28, 4, 2	28, 29
28, 5, 84, 1	34
28, 5, 85 pr.	39
28, 8, 7 pr., 2	27

	Seite
29, 2, 57, 1	8, 22
29, 2, 69	8, 20, 42
29, 2, 99	21, 36, 42, 82
29, 4, 1	28
29, 4, 2 pr.	40
29, 4, 6, 3, 4; 7 . .	25
29, 5, 3, 13	22
29, 6, 1 pr., 2; 2 pr. .	20, 29, 46
30, 87	27, 43
30, 90, 1*	28
31, 76, 6	28
32, 19	31, 43
32, 41, 11	35
33, 4, 7, 2	33
33, 5, 6, 8	20, 32
34, 4, 3, 11	28
34, 4, 22	27
34, 9, 5, 2	28
34, 9, 5, 3, 5—16; 15 .	29
34, 9, 9; 12; 16, 1 . .	28, 39
35, 1, 71, 1	20
35, 2, 15, 1	24, 42
35, 2, 51	56, 59
35, 2, 75	28
35, 3, 1, 6, 7	80, 31
36, 1, 1, 2	20, 39, 48
36, 1, 50	29
36, 1, 57, 3; 59, 1 . .	35
36, 1, 81	29
36, 3, 5, 1, 2	32, 35, 64
36, 3, 18, 2	40
36, 4, 10	8, 24
36, 4, 11 pr.	27, 35
37, 1, 3, 8	75
37, 1, 13	34
37, 4, 3, 10, 3; 11; 15, 16, 18 pr., 1 . . .	34, 21
37, 4, 20, 1	8, 34, 63
37, 5, 1 pr.	39
37, 5, 3, 6, 7 . . .	25, 27, 40
37, 5, 5, 3, 4	27, 21

	Seite
37, 6, 1, 9—13; 2, 8	32, 57
37, 8, 1, 1	39
37, 9, 1, 25	80
37, 10, 1 pr.	64
37, 10, 1, 11; 4	21
37, 10, 10	34
37, 12, 5	7, 34, 43
38, 1, 17—20; 46; 48	4, 28, 30
38, 1, 29	27
38, 1, 40	25
38, 1, 42	24
38, 2, 1, 1	20
38, 2, 8, 2, 3; 14 pr., 19, 1; 37, 1; 44, 1, 2; 48; 50 pr.	34
38, 2, 16, 1; 5—7	27
38, 2, 16, 8	8
38, 2, 16, 10*	21
38, 2, 20, 1	19
38, 2, 50, 2	24, 43
38, 13 1 un.	27, 39
38, 15, 2, 1, 2	75, 77
38, 16, 3, 4	29
38, 17, 2, 47	21
39, 1, 1, 7	9, 24
39, 1, 7	15
39, 1, 13, 2	15
39, 1, 16	24, 57
39, 1, 19	26
39, 2, 1; 4 pr.	79
39, 2, 4, 3	60
39, 2, 4, 8, 10	77, 78
39, 2, 7 pr.	78
39, 2, 9, 2	25
39, 2, 10	31
39, 2, 13, 15	77
39, 2, 15, 24	31
39, 2, 15, 35	29
39, 2, 18, 2; 33	25, 26
39, 2, 18, 15	25, 29
39, 3, 2, 5; 22	40
39, 5, 29, 2	29
40, 2, 5	79
40, 2, 7	76
40, 2, 8	80
40, 2, 23	80
40, 12, 14*	27, 29, 37, 40
40, 12, 17	26, 37, 40
40, 12, 24 pr., 4	13, 33
40, 13, 1, 3, 4	35
41, 2, 12, 1	21
41, 2, 49, 2	21
42, 1, 4 pr., 1	9, 33, 64
42, 1, 14	57
42, 1, 42	57, 65
42, 1, 44; 64	6, 33, 40
42, 1, 49	30
42, 1, 53	60
42, 1, 56	19
42, 2, 6, 2	18
42, 2, 7	80
42, 5, 25	20
42, 5, 28	27, 64
42, 6, 1, 15	34
42, 7, 4	20, 25
42, 8, 25, 1; 7	27, 23, 29
43, 13, 1, 6	41
43, 17, 1, 6	25
43, 18, 1, 3	27
43, 20, 1, 13	27
44, 1, 2, 4	64
44, 1, 18	14, 48
44, 5, 1	18, 48
44, 7, 5 pr., 5	39, 27
44, 7, 7	14
44, 7, 9; 10	26, 20
44, 7, 61, 1	42
45, 1, 26, 27 pr, 1	8, 20, 42
45, 1, 97, 2	20, 36, 42
45, 1, 132	27
46, 3, 30	18
46, 5, 1, 9	15, 78
46, 7, 16	18, 39
47, 2, 12, 1	4, 29
47, 2, 60	25
47, 2, 93	67, 70

	Seite
47, 4, 1, 16*	9, 26
47, 4, 2	27
47, 6, 3pr.*	19
47, 8, 1; 2, 1	19, 14
47, 8, 2, 19	25
47, 10, 6	19
47, 10, 7pr., 1, 2, 3	4, 14, 27, 39, 26
47, 10, 13, 3	67, 70
47, 10, 15, 28	4, 27
47, 10, 15, 44	27, 36
47, 10, 17, 10, 12, 18, 19	4, 27, 40
47, 10, 44	28
47, 12, 3pr.	29
47, 23, 2, 3	29
48, 2, 6	77
48, 10, 6, 3	24, 27
48, 10, 14, 2	27
48, 16, 1, 8	76
48, 18, 18, 10	76
48, 19, 9, 2, 4	14
49, 1, 19	32
49, 1, 28, 2	80
49, 14, 29, 1	29
50, 1, 15, 1	28
50, 8, 5, 1	28
50, 12, 3, 1	23, 39
50, 16, 36	71
50, 17, 58; 66	25, 40
50, 17, 85, 2; 90	42
50, 17, 102pr., 1	8, 61
50, 17, 104; 107	26, 13
50, 17, 112; 125	56, 72
50, 17, 199	60

	Seite
Institutionen.	
4, 13, 10	63
4, 16, 3	78
Codex.	
2, 12, 5	15, 20
3, 1, 8	40
6, 20, 11—14	32
6, 37, 5	29
Gaius.	
II, 125	34
II, 169	21
IV, 54	25
IV, 57	30, 66, 72
IV, 108	50
IV, 112, 113	9, 21, 22
Paul. Sent.	
II, 1, 3; 5	18, 46
V, 11, 5	23
Vat. fr.	
205	20
317	9, 33
331, 332	33
Coll. leg. mos.	
XII, 7, 8	40
Cicero.	
acad. 2, 30, 97	58
ad Herenn. 2, 12	62
de leg. 3, 3, 8; 3, 20, 46	81
pro Caec. 3, 8	55
pro Flacc. 21, 49	18, 55
Pap. Berl. Gr. Urk. I.	
114	55

Berichtigungen.

Seite 1 Zeile 5 von unten lies der statt des.
„ 26 „ 5 „ oben „ D. 47 „ D. 27.
„ 32 „ 3 „ unten „ prolata „ praelata.
Siehe auch Bemerkung unter * zum Quellenverzeichnis.

EICHSTÄTT

PETER·SEITZ